

Tocamientos corporales no consentidos: análisis desde la perspectiva jurisprudencial en el estado colombiano 1

**TOCAMIENTOS CORPORALES NO CONSENTIDOS: ANÁLISIS DESDE LA
PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL EN EL ESTADO COLOMBIANO**

**FREDDY ALEJANDRO MORENO JARAMILLO.
VIVIANA ANDREA TABARES HENAO.**

YENY ALEXSANDRA CUARTAS VALENCIA.

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
ESPECIALIZACIÓN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

COHORTE V

PEREIRA

2012

**TOCAMIENTOS CORPORALES NO CONSENTIDOS: ANÁLISIS DESDE LA
PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL EN EL ESTADO COLOMBIANO**

FREDDY ALEJANDRO MORENO JARAMILLO.

VIVIANA ANDREA TABARES HENAO.

YENY ALEXSANDRA CUARTAS VALENCIA.

**Trabajo de grado para optar título de
ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

ASESOR METODOLOGICO

Mgr. JAIRO ALBERTO MARTÍNEZ IDÁRRAGA.

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
ESPECIALIZACIÓN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

COHORTE V

PEREIRA

2012

INDICE DE CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	6
2. PROBLEMA	7
2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	8
3. HIPÓTESIS	9
4. JUSTIFICACIÓN	10
5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	11
5.1. OBJETIVO GENERAL	11
5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
6. RESULTADOS ESPERADOS	12
7. MARCOS DE REFERENCIA	13
7.1. ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	14
7.2. MARCO LEGAL	15
7.3. MARCO CONCEPTUAL	17
7.3. MARCO TEÓRICO	62
7.4. MARCO JURÍDICO	69
7.5. MARCO JURISPRUDENCIAL	75
8. ESTRATEGIA METODOLÓGICA	80
9. TALENTO HUMANO, RECURSOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS	81
10. CONCLUSIONES	82

11.	BIBLIOGRAFÍA	83
12.	WEBGRAFÍA	84

INTRODUCCIÓN

La cultura determina las relaciones de contacto entre las personas. En la cultura occidental es frecuente saludarse dando la mano, felicitar dando un abrazo o un beso entre otro tipo de expresiones. Las partes sexuales ó zonas erógenas y su contacto no hacen parte de los actos sociales mencionados, los cuales son públicos, como el saludo o la felicitación, sino de uno íntimo en el que se reserva el acceso a dichas zonas sólo a quien se le disponga el consentimiento.

Decimos pues que ser humano está dotado de derechos y libertades que el estado debe propender por proteger y garantizar, entre ellos el respeto por la libertad sexual, la moralidad y el libre desarrollo de la personalidad, encontrando en los tocamientos corporales no consentidos un acto que atenta de manera garrafal y aberrante el ejercicio de los anteriores derechos, máxime cuando existe gran ambigüedad en el sistema jurídico colombiano sobre el tratamiento que debe dársele a dichos actos y la manera en que deben ser juzgados

Por lo anterior se pretende estudiar el desarrollo jurisprudencial que ha hecho la Honorable Corte Suprema de Justicia relacionado con los tocamientos no consentidos en las zonas erógenas o sexuales, y cuándo estos representan delito, todo con el ánimo de aclarar la disyuntiva existente entre si este se puede juzgar como delito sexual o de injuria por vía de hecho. Conviene precisar desde la jurisprudencia penal en qué momento ésta determina que los tocamientos no consentidos violan la libertad sexual, la moralidad y el libre desarrollo de la personalidad.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La conducta social de los individuos está regida por una serie de parámetros establecidos por consenso y de común aceptación; unos están categorizados en manuales (de convención, de procedimiento, etc.) y otros, están dispuestos como normativas que deben ser acatados so pena de vulnerar las libertades de los demás miembros del colectivo social.

Los tocamientos corporales no consentidos en zonas erógenas, se han constituido en un tema recurrente en la sociedad colombiana, y han sido motivo de discusión no solo por los medios de comunicación nacional, como el hecho ocurrido el 10 de junio del 2005 en Bogotá D.C., cuando el joven Víctor Alfonso García quien se desplazaba en su bicicleta, le tocó los glúteos y la vagina a Diana Marcela Díaz González quien caminaba por un sendero peatonal, siendo inicialmente condenado por esta conducta punible a la pena privativa de la libertad de 48 meses de prisión; sino también en las más altas esferas e instancias judiciales del país, toda vez que comprometen la moralidad, la libertad individual, sexual y la intimidad.

Algunos pronunciamientos de la judicatura han girado en torno a afirmar que para que un acto se configure un delito sexual, se deben tener en cuenta diversos factores como la edad de la víctima, su madurez psicológica, el desarrollo físico y la violencia empleada, ya que “No basta con que existan tocamientos en zonas erógenas para determinar que se está ante una conducta de naturaleza sexual que pueda vulnerar la integridad, formación y/o libertad sexuales de la víctima” (Corporación Humanas, 2010).

Ante tal panorama, se hace imperante recopilar y analizar la jurisprudencia producida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de examinar y clarificar cuándo se incurre en el delito de acto sexual o el delito de injuria por vía de hecho en lo relacionado con los tocamientos corporales no consentidos, toda vez que en el ordenamiento colombiano no se cuenta

con los elementos necesarios que nos permitan establecer de manera inequívoca cuando se tipifica uno u otro delito, lo cual conduce al estudio de esta jurisprudencia con el ánimo de brindar de cierta forma seguridad jurídica en la imputación de estas conductas punibles.

Ante un fallo se hace necesario esbozar los argumentos, normas y doctrinas que se establecen en la ley para condenar un acto como punible. Las conductas sexuales, los tocamientos y otros hechos que devengan de la misma naturaleza deben estar plenamente esgrimidos y justificados dentro de la jurisprudencia para poder que haya consenso en los distintos dictámenes que sobre ellos se manifiestan las distintas salas y tribunales encargados de impartir justicia.

El derecho a la libertad sexual contiene dos dimensiones: la primera, es qué se considera como materia sexual y la segunda, es cómo desarrollarse en esta materia. Permitir que la judicatura sea la que llene de sentido ambas dimensiones, sin tener en consideración la perspectiva de las víctimas al respecto, es una contradicción al mismo principio, por lo que se requiere tener claridad frente a los hechos para ejercer sobre ellos las correspondientes determinaciones.

2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, respecto a si los tocamientos corporales no consentidos en zonas erógenas, constituyen delito de acto sexual o el delito injuria por vía de hecho?

3. HIPÓTESIS:

No existe claridad en la jurisprudencia respecto a los límites que determinan cuándo un tocamiento corporal no consentido en zonas erógenas configura el delito de injuria por vía de hecho o delito de acto sexual, sin embargo adoptamos la posición que seguramente se confirmará una vez culminada la presente investigación, y se trata básicamente que en todos aquellos casos en que se presente uno de estos actos y la víctima sea un menor de edad, en aras de fortalecer las garantías de respeto por los derechos fundamentales que a los niños por ley les corresponde, se tomará tal acto como constitutivo de la conducta punible de acto sexual, y en aquellos casos en que tal conducta recaiga sobre una persona con mayoría de edad será constitutiva del delito de injuria por vía de hecho.

4. JUSTIFICACIÓN

Los diversos pronunciamientos de distintos operadores jurídicos como Jueces y Tribunales del país sobre los tocamientos corporales no consentidos crean distintas problemáticas en su interpretación, por cuanto en ocasiones los tipifican como actos sexuales, entendiéndose por éstos aquellos contactos físicos que se tienen con otra persona y que no consisten en acceso carnal pero que van encaminados a satisfacer deseos sexuales en el agente o a provocarlos en el sujeto pasivo; y en otras ocasiones como injurias por vías de hecho que son los agravios o actuaciones que atentan contra el decoro o el honor de una persona, lo que puede llegar a generar confusiones en la interpretación de la Ley, desconocimiento jurídico y discrepancia de criterios entre los funcionarios judiciales, teniendo como consecuencia fallos no acertados y contrarios a la realidad, impunidad, injusticias y diferencias entre los operadores jurídicos.

Se hace relevante establecer parámetros para determinar, si un tocamiento no consentido en las zonas erógenas, constituye una injuria por vía de hecho o un delito sexual, ya que hay diferencias no solamente sustanciales sino también procesales que podrían afectar los procesos de nulidad y generar impunidad en esta materia. El delito de injuria por vías de hecho es, por principio, una conducta que requiere querrela, y que por tal razón está atribuido a los jueces penales municipales, mientras que los delitos sexuales son competencia de los jueces penales del circuito.

Esta ilustración, permite a la comunidad jurídica en el campo penal, determinar parámetros y criterios de diferenciación entre los tipos penales objeto de estudio, en el entendido que éstos pueden variar al momento de catalogarse una conducta como acto sexual o injuria por vía de hecho. Ello nos permite cerrar la brecha existente hoy día, entre la tipificación de uno u otro delito, evitando subjetividades de las partes involucradas en el proceso penal, nulidades o situaciones triviales que dilaten la actuación punible.

5. OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre los tocamientos corporales no consentidos que constituyan delito de acto sexual y conducta punible de injuria por vía de hecho en la legislación colombiana.

5.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Evaluar detalladamente en qué situaciones se incurre, desde la jurisprudencia, en torno a los tocamientos corporales no consentidos.
2. Identificar los criterios de la Corte Suprema de Justicia para catalogar un tocamiento como delito de acto sexual o de injuria por vía de hecho precisando las condiciones exigidas para determinar los mismos.
3. Explorar los casos más controvertidos y jurídicamente notorios sobre tocamientos corporales no consentidos, su tratamiento y solución jurídica.

6. RESULTADOS ESPERADOS

El presente trabajo pretende esclarecer y desambiguar los límites de la jurisprudencia en torno a la tipificación de los tocamientos corporales no consentidos como delitos de acto sexual o delito de injuria por vía de hecho, mediante la revisión y análisis de casos y de sentencias proferidas por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

7. MARCO REFERENCIAL

7.1 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Respecto al tema objeto de investigación debe aclararse a pesar de ser un tema de alto interés no sólo para los habitantes del territorio nacional, sino también para comunidad jurídica por la incertidumbre que genera, el mismo ha sido estudiado en gran parte sólo jurisprudencialmente, sin embargo contamos con algunas obras las cuales se ilustran a continuación.

En la obra “Aportes para el acceso a la justicia de las mujeres en Colombia”, publicada recientemente, en octubre de 2011, escrito por Cecilia Barraza, en el marco del Programa Apoyo a la Construcción de Políticas Públicas con Enfoque de Género en Colombia, de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Aecid), señaló que la principal víctima de las agresiones sexuales en Colombia es la mujer, destacando la variación en el precedente jurisprudencial tomado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto del cual, se deja clara que todo tocamiento libidinoso en zonas íntimas y/o erógenas de una menor de 14 años, configura un acto sexual abusivo y no una injuria por vía de hecho.

Por su parte en La revista “Universitas Psychologica” de la Pontificia Universidad Javeriana, en el texto “Intervención interdisciplinaria en casos de abuso sexual infantil”, escrito por Leonardo Alberto Rodríguez Cely, publicado en 2003, plantea la temática de las conductas sexuales, no solo desde la óptica jurídica, sino también dese áreas como la sicología, medicina forense y trabajo social; lo cual hace que se comprenda desde aristas, las razones por las cuales se diferencian los tocamientos no consentidos cuando las víctimas son mayores y menores de edad, para efectos de la correspondiente tipificación, además de sus implicaciones y consecuencia, inclusive aclara situaciones que se pueden presentar y tener implicaciones penales, como el abuso sexual con y sin contacto.

7.2 MARCO LEGAL

Código Civil Colombiano:

Artículo 34. Palabras relativas a la edad.

Ley 906 del 2004:

Artículo 37. De los jueces penales municipales. Modificado por el art. 2 Ley 1142 de 2007

“3. De los procesos por delitos que requieren querrela aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad e implique investigación oficiosa”.

Artículo 74. Delitos que requieren querrela Modificado por el art. 4, Ley 1142 de 2007, Modificado por el art. 108, Ley 1453 de 2011. Para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad: “... 2. Injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226)...”

Ley 1142 de 2007.

Los jueces penales municipales conocen:

“3. De los procesos por delitos que requieren querrela aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad, un inimputable, o la persona haya sido sorprendida en flagrancia e implique investigación oficiosa”.

Ley 599 de 2000

Artículo 9°. Conducta punible.

Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años.

Artículo 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

Artículo 220. Injuria.

Artículo 225. Retracción.

Artículo 226. Injuria por vías de hecho.

8.3 MARCO CONCEPTUAL

El delito de injuria por vía de hecho

“La injuria primeramente, es un delito que consiste en ofender el honor o el decoro de una persona presente”. (Maggiore, 2000).

El objeto de esta acriminación es el interés social de amparar la personalidad moral del individuo contra el ultraje del honor o decoro, en presencia suya”. (Maggiore, 2000).

Este delito se encuentra tipificado en el Art. 226 del Código Penal, el cual reza así:

“Injuria por vía de hecho. En la misma pena prevista en el Artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravie a otra persona”.

La injuria por vía de hecho, es un tipo penal incompleto puesto que para saber su consecuencia jurídica es necesario remitir a otra norma jurídica, en este caso, se debe remitir al Art. 220 C.P. que habla del delito de la “Injuria”, y cuyos postulados reza son los siguientes:

“Art. 220 Injuria: El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Sujeto Activo: Puede ser “Cualquiera” exceptuando a los muertos, pues la responsabilidad no puede trasmitírsele a sus herederos.

Sujeto Pasivo: Será únicamente una persona determinada, jurídicamente capaz o incapaz, así las cosas también son objeto de protección el menor y el enfermo mental que tengan honor que proteger, una persona difunta, no puede ser sujeto pasivo de este tipo de delito, tampoco las colectividades y entidades morales que no puedan considerarse persona ante el derecho penal, como es el caso de las personas jurídicas.

La acción de este delito supone según Maggiore (2000):

Una ofensa contra el honor y el decoro: La ofensa es la agresión, realizada del modo que sea contra un bien jurídico y en particular contra el bien del honor y el decoro. El medio puede ser cualquiera, con tal que sea idóneo y en cuanto a la ofensa puede ser real, escrita o verbal.

El honor y el decoro no son sentimientos o valores de pura apreciación subjetiva, son bienes de la personalidad moral, que la ley ampara en su existencia objetiva, por ser interés jurídico que los miembros de la sociedad no estén expuestos a irrisión o ludibrio, por tanto la tutela jurídica contra la injuria se concede también a las personas incapaces de comprender la ofensa (niños, locos etc.)

La presencia del ofendido: Cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito con tal que esté presente y además de estar presente, debe estar determinada, ya que solo en este caso puede decirse que la injuria va dirigida a ella y ciertamente determinada; puesto que la duda y la sospecha no pueden reemplazar la falta de certeza.

Cabe resaltar que este tipo de delitos no aceptan la tentativa, por regla general.

La injuria por vía de hecho es una modalidad comisiva de la injuria por lo que para su estructuración es menester los componentes de la conductas de injuria. Según Parra (1994, P.570) “Esta alude a todos los elementos fácticos (reales), diversos en consecuencia, a la palabra o al

escrito (verbales), que se usa como medio o camino, de ahí la denominación “vías”, para lesionar el ente de tutela honor”. En otras palabras, vías de hecho¹ significa la utilización de elementos diferentes a la palabra, hablada o escrita, para lesionar el ente tutela honor, el cual compone lo que se llama “patrimonio moral” (Botero, 2002)

En el fondo la existencia de este tipo penal incompleto haya su razón de ser en la diferencia entre expresión y acción, en donde, según Garrido (1963), “la expresión se entiende como la exteriorización del pensamiento injuriador mediante la palabra y/o la escritura y éste (la acción) como la materialización del dolo de injuria mediante actos diferentes al habla y a la escritura como por ejemplo una bofetada, un escupitajo en la cara”. Sea lo que fuere, se considera que la disposición, en estudio no es más que el reflejo del causismo que orienta al legislador al momento de regular la materia: si la injuria por vía de hecho es una conducta de injuria no se le ve la razón por la cual deba continuar constituyéndose un supuesto de hecho diferente al de la injuria. Crítica.

Breve historia de la injuria

Para los romanos como grandes impulsores de la sapiencia jurídica, la injuria poseía un significado profundo, diferente al concepto que en la actualidad se le otorga a este tipo de ofensa del honor. En un marco amplio, se entiende por injuria a toda conducta opuesta al Derecho; en términos modernos, dicha significación de la injuria equivaldría a lo que conocemos como antijuricidad. En este sentido, sea estricto o técnico, la injuria para ellos consistía era el agravio que se realizaba a otra persona, ya fuere corporal o en sus bienes, que debía de diferenciarse de la otra gran categoría de delitos contra los particulares agrupados en la órbita de los delitos patrimoniales (furtum), lo que en ambos sentidos implicaba una ofensa a la "existimatio".

¹ “...las que siguen cauces distintos o se manifiestan de otra manera, por ejemplo, los signos pintura, ademanes y simbolismo ya citados si con ellos el agente se propone agraviar” (Pérez, 1991, p. 127)

La "existimatio" consistía en una garantía personal, materializada por el disfrute que le otorgaba el derecho romano en el campo civil a una persona, para que ésta gozara de forma efectiva de su dignidad, lo cual se lograba al conceder a una persona el amparo de no ser víctima de dichos o comentarios que fueran en detrimento de su lustre particular o colectivo; ello se simplificaba en dos situaciones: la primera, era el derecho con que contaba una persona de reclamar que otra no le manifestara desprecio; la segunda, el derecho de las personas a demandar que otras no emitieran en su contra versiones en detrimento de su decoro u honestidad.

Tenemos como en la conocida ley de las XII tablas, también se establecía la injuria, consistente en el agravio al honor, además ya se hacía mención de ciertas modalidades injuriosas que lesionaban el honor de cives, siendo castigadas rigurosamente desde la órbita penal. Por todo esto, es meritorio darle razón a Von Liszt, quien señaló que sería ligero dedicarnos a hallar en el derecho romano, una definición de injuria que pertenezca a la actual. La advertencia merece la más atenta consideración puesto que como ya se mencionó, el concepto de honor en Roma, no era del todo claro, ni preciso. Es todavía dudoso, si la injuria entendida como menoscabo físico antecedió por una prolongada época al daño moral.

La anterior circunstancia, ayudó para que de manera concluyente diversos líricos y escritores usaran vocablos como convicium, contumelia y ofensa, para no generar galimatías con las definiciones de injuria manejadas jurídicamente. Por otro lado, en la mencionada ley de las XII tablas, se consiguió agrupar esas nociones legales y literarias, sirviendo ello de punto de partida para obtener alguna diferenciación entre algunas singularidades del concepto injuria tales como la "contumelia", el "convicium", el "carmen famosum" y el "libellus famosus", siendo del caso resaltar, que no todas esas significaciones vislumbraban la específica de injuria.

Así, la contumelia entrañaba una injuria particular, consistente, en un ultraje. En opinión de Mommsen la injuria consistía en el trato humillante realizado a un individuo. Entretanto, podemos ver como el "convicium" refiere a la injuria como tal, pero, no se puede asegurar que todo agravio, por sí, componía convicium. La peculiaridad que presentaba el convicium consistía en que se daba con algarabía contiguo a la residencia de sujetos libres; además, se presentaba una diversidad de personas, incluida la propia víctima.

El "carmen famosus" (canción difamatoria), no se diferenciaba esencialmente del convicium. Esta modalidad de ultraje podía expresarse a través de una composición, de un verso o de un escrito difamatorio, circunstancia esta última agravatoria del delito, motivada por el grave peligro de la divulgación y alteración de la paz pública que entrañaba la existencia de tales escritos y que según el derecho penal de la época justificaban la pena capital. Sin embargo, fue el "libellus famosus" (injuria por escrito), el delito que mereció las más drásticas sanciones durante el apogeo del Imperio absoluto, al extremo de hacerse uso abusivo de este tipo de imputaciones a los opositores políticos (bajo el título de crímenes de lesa majestad).

Previo a que se tipificaran los punibles contra el "Imperium al libellus famosus", éste era considerado, como también las conductas ya indicadas, una situación donde el victimario era la persona que realizaba los escritos, canciones o divulgaba textos u obras de carácter injurioso. Los hombres terceros que cooperaban o ayudaban a estos delincuentes eran considerados como autores. Incluso la contención llegaba los propios distribuidores, reproductores y quienes tenían consigo los contenidos. Inclusive, no importaba que la afirmación insultante resultare verdadera; el cimiento y pretexto para tomar ésta radical decisión, surgía del señalarse que la difusión de los trazados transgredía la honra y honor de sus víctimas.

Lo que tenía de singular este tipo de injuria incluso en ese tiempo, era lo público de su trámite procesal, pero que, posteriormente, en el llamado periodo imperial, en el mandato de Augusto, a instancia del Senado se dio prevalencia al seguimiento meramente público.

En Roma, se tenía que el proceder injurioso en contra algunos burócratas de su gobierno, como el caso del pretor, ostentaba el raigambre de un comportamiento reprochable penalmente contra el Estado.

En el campo jurídico, para los romanos el fin de la injuria, era la personalidad del ciudadano; los muertos no podían ser pasibles de tal delito al igual que las personas jurídicas (corporaciones), ni el Estado, esto es, intrínsecamente en el área privada, tal y como se ha hecho referencia. Al

comentarse que para los romanos la injuria consistía en un punible contra la persona, no se quiere señalar que allí no tenían cabida los inmigrantes y esclavos, solo que, con relación a los segundos, la afrenta se reputaba hecha al amo. En cuanto a los enfermos mentales y menores de edad (impúberes), también eran considerados como sujetos pasivos de este delito, por cuanto para ser considerado como persona no se precisaba de una especial capacidad de obrar.

Todo delito de naturaleza injuriosa precisaba del dolo, aunque en los tiempos primitivos únicamente bastaba una simple manifestación injuriosa. Al promulgarse la “Lex Cornelia de injuriis”, se excluyeron del catálogo penal las injurias indeterminadas –en el ámbito privado, la anuencia del ofendido suprimía la acción penal, situación que no sucedía cuando se presentaban casos de "libellus famosus".

El Derecho penal medieval siguió los principios del Derecho penal romano en cuanto a delincuencia contra el honor, recibiendo además una fuerte influencia del Derecho eclesiástico, lo cual redundó en una suerte de transmutación axiológica en cuanto éste era considerado como un patrimonio exclusivo de las clases nobles, que, en la mayoría de los casos, solucionaban sus diferencias por la vía del duelo; los intentos de la Iglesia por controlar tales ímpetus caballerescos fueron vanos. Eran considerados como delitos injuriosos, todas las ofensales orales, comprendiéndose también al "carmen Famosus".

Al igual que en el Imperio romano, la veracidad de la imputación deshonrosa no excluía el delito. Merece, sin embargo, aclararse, que en el medioevo no se asimilaron tal como eran entendidos en Roma las distintas ofensas contra el honor. Si la imputación deshonrosa presentaba, en cuanto a su veracidad, motivo de duda, tal caso era reputado como injurioso, por cuanto se pensaba que en ellos subsistían ciertos "animus injurandi". Principios del derecho procesal de la época como la prueba de la verdad, de ordinario en la mayoría de casos era reemplazada por el duelo. Tal estado de cosas no era del agrado del clero, en tal sentido la Iglesia creó instituciones como la retractación o devolución de fama.

Del mismo modo, se excluyó del campo de los delitos contra el honor a las agresiones corporales. La pena más severa era aplicada al "libellus famosus", por cuanto éste era la forma típica de injuriar.

En cuanto la facultad de querellar, ésta únicamente era concedida en los supuestos de injuria grosera. Gracias a la influencia del clero la pena más comúnmente aplicada era la de multa que debía de tener correspondencia con la entidad del perjuicio irrogado con la injuria. Si la ofensa era grave, las penas aplicables eran las de muerte, mutilación, confiscación de bienes etc. Si la ofensa sometida a criterio de las partes era susceptible de componenda se prefería tal camino.

En el Código español de 1848, se entendía por injuria la expresión proferida para deshonrar, desacreditar o menospreciar a otra persona. La ofensa al honor se agravaba y tomaba nuevo matiz bajo el "nomen iuris" de calumnia. La imputación falsa de un hecho delictuoso y sometido a un poco procedimiento de oficio. En el antiguo Derecho español, la injuria era el delito contra el honor por excelencia, a diferencia de las legislaciones italianas y germánicas, que comprendían a la difamación y calumnia simultáneamente.

Desde los prácticos viene, en atención a la definición que ellos dieron de injuria "como el dicho o el hecho relevados en desprecio de otro "dictum vel fatum in alterius contemptum prolatum" la diferencia entre injuria real y verbal, siendo la primera real, la consistente en aquella que se materializa mediante signos físicos tales como pinturas, esculturas y la segunda verbal, es la que se materializa a través de signos lingüísticos (la Palabra), sean ellos escritos o hablados. (Botero, 2002)

Cabe reconocer aquí, el origen inmediato de las injurias por vía de hecho, que serían, en un sentido más amplio, por supuesto, las injurias reales que quedarían comprendidas bajo esa denominación como todo acto fáctico que busque expresar una idea cuyo contenido es injurioso.

No es aventurado afirmar que las injurias por vías de hecho hayan antecedentes legislativos en el Art 442 del Código Penal Chileno cuyo tenor Literal es:

“Art. 442: La Calumnia y la Injuria se reputan hechas por escrito y con publicidad cuando se propagan por medios de carteles o pasquines fijados en sitios públicos, por papales impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de 5 personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medios de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera”

La injuria es un delito formal y no material. Existe aún cuando de ella no se siga a la víctima perjuicio alguno en su honor o reputación.

Ejemplo: una persona imputa a otra, en un círculo donde ésta es perfectamente conocida como persona honorable, un vicio o un defecto cualquiera. La imputación no causa perjuicio porque nadie la cree; sin embargo, esto no impide que exista delito de injuria.

Crterios para establecer la injuria por vías de hecho

El delito de injuria por vías de hecho (artículo 226 del C.P.)² es, por principio, una conducta que requiere querrela de parte (Artículo 74 – 2 del C. de P.P.); no obstante, en este específico caso no es así; se trata de una excepción a la querrela puesto que la víctima es un menor de edad (artículo 74 inc. primero) y por ello es perseguible de oficio en favor y desarrollo de la protección constitucional de la niñez (Artículo 44 C. Pol.).

² “La injuria primeramente, es un delito que consiste en ofender el honor o el decoro de una persona presente”. (Maggiore, 2000).

La injuria es un delito doloso y las diferentes formas del dolo son aptas para configurar este delito. El dolo consiste en que el agente tenga conciencia de que su conducta (palabra, acto, gesto) es idónea para ofender, no obstante lo cual, igual actúa.

Para que exista injuria, es necesaria la existencia de "animus injuriandi", es decir, la intención o ánimo de injuriar, de ofender, de deshonrar o desacreditar a la víctima. Basta que exista "animus injuriandi" para que exista injuria, no requiriéndose la intención de causar un daño a la víctima.

Los autores han elaborado una larga lista de "animus" que demuestran la falta de "animus injuriandi", y por tanto, la inexistencia del delito de injuria. Se resaltan a continuación los más importantes:

- 1) **Animus jocandi:** ánimo o intención de bromear, es el caso típico del que, por diversión, por hacer un chiste, manifiesta algo de otro, pero sin que exista la intención de ofenderlo. Para determinar si existió animus jocandi, se deben tener en cuenta las circunstancias que rodearon al hecho; la existencia de amistad entre el sujeto activo y el pasivo, etc.
- 2) **Animus narrandi:** Ánimo o intención de contar algo, de narrar. Es, por ejemplo, el caso del historiador que para reconstruir un hecho histórico, se refiere a las personas que han actuado en él, evidenciando los defectos o imperfecciones de los protagonistas. El animus narrandi está garantizado por la Constitución. Nacional (art. 14): "publicar ideas por la prensa", y por tanto, excluye el "animus injuriandi"³
- 3) **Animus defendendi:** ánimo o intención de defenderse; excluye toda ilicitud. Las palabras o actos, que en otros casos, podrían significar ofensa al honor o reputación de otra

³ ". Sin embargo, habría injuria si bajo el pretexto de narrar se tiende directamente a ofender el honor de las personas (conf. Gómez, Tomo II, pág. 371).

persona, se pronuncian o ejecutan sin otro fin que el de defenderse. Como ejemplo podría citarse al acusado de estupro, que, a su vez, acusa a la víctima de deshonesto; el que siendo imputado por un delito, a su vez, señala al verdadero autor.

- 4) **Animus retorquendi**: ánimo o intención de "devolver injuria por injuria". Quien devuelve injuria por injuria, no tiene en realidad como fin ofender, sino reaccionar contra la ofensa recibida. Estos casos guardan cierta relación con el "ánimus defendendi".

- 5) **Animus consulendi**: ánimo o intención de aconsejar, de informar. Como por ejemplo, el que aconseja a su amigo que no le conviene tener relaciones con Fulano, porque éste tiene mala reputación y eso le va a perjudicar o también podría apreciarse en la agencia de informes que comunica a su clientela la conducta comercial impropia de una sociedad, etc.

- 6) **Animus corrigendi**: ánimo o intención de corregir. El propósito no es ofender, sino corregir al otro. Se da generalmente en aquellas personas que tienen un derecho de corrección sobre otras determinadas; tal es el caso del padre sobre el hijo, del maestro sobre el alumno; como en el caso, del maestro que le dice a su discípulo que es un negligente o un impuntual.

Bien jurídico en los delitos contra el honor

Las conductas típicas de la injuria y de la calumnia pretenden salvaguardar, en lo fundamental, el derecho a la integridad moral (Cod. Pen. 1936, 1980, 2000). En los ordenamientos penales colombianos del siglo XIX fue una constante catalogar estos tipos penales dentro de bienes

jurídicos que se han considerado semejantes, como lo son el derecho a la honra, a la fama y a la tranquilidad de los particulares (Cod. Pen. 1837, 1890)⁴.

La posición de proteger el derecho a la integridad moral como bien jurídico fundamental de una persona, fue discutida ampliamente en los debates surtidos con precedencia al Código Penal de 1936. En los trabajos preparatorios de ese código, el primer problema que se plantearon los legisladores de la época fue definir la forma de ordenar los delitos llamados a salvaguardar el bien jurídico del honor. Y basados en la discusión que se planteó en la legislación comparada que por entonces se analizó⁵, y que seguía a Carrara⁶, se buscó determinar "si se adopta el método de colocar bajo títulos diferentes las varias especies de ataques al honor, según que el culpable se haya dirigido o no a la autoridad judicial, o si se engloban todas las injurias al patrimonio moral en la rúbrica de los delitos contra las personas". Se inclinó la comisión redactora por la segunda

⁴ SENTENCIA C-417/09, Referencia: expediente D-7483

⁵ Se tuvieron en cuenta los códigos francés, español, peruano, argentino, brasilero e italiano. Este último proveniente de 1890 disponía en su artículo 393 que, " al ponerse en comunicación con varias personas reunidas o aun separadas atribuya a una persona un hecho determinado y de tal naturaleza que pueda exponerla al desprecio o al odio público o de ofender su honor o su reputación, se castiga con la reclusión...

Artículo 394: El imputado del delito previsto en el artículo precedente no será admitido a probar para disculpa suya la verdad o la notoriedad del hecho atribuido a la persona ofendida. Sin embargo, la prueba de la verdad se admitirá:

1° Si la persona ofendida es un oficial público, y el hecho a él atribuido se refiere al ejercicio de sus funciones, salvo lo dispuesto en los artículos 194 y 198.

2° Si por el hecho atribuido a la persona ofendida se abra o se inicie un procedimiento penal.

3° Si el querellante pide formalmente que el juicio se extienda también a buscar la verdad o la falsedad del hecho a él atribuido.

Si la verdad del hecho se prueba o por tal hecho la persona ofendida es condenada, el autor de la imputación queda exento de pena, salvo que los medios usados constituyan por sí mismos el delito previsto en el artículo siguiente.

⁶ Se lee así en el Acta No. 147 que "algunas de estas legislaciones, siguiendo la enseñanza de este maestro, reservan el nombre de calumnia para las acusaciones falsas ante la autoridad judicial y el de difamación judicial para las imputaciones hechas en público, y muchas confunden en una sola noción lo que entre nosotros se subdivide en injuria y calumnia".

opción, tras considerar que las razones ofrecidas por Carrara para incluir tal conducta dentro de las infracciones contra la administración de justicia⁷, no parecían sólidas.

En efecto, los miembros de la comisión consideraron que el derecho lesionado no es el único factor a tener en cuenta al momento de catalogar las infracciones, pues a pesar de que es importante no debe ser excluyente, ya que la intención delictuosa o dolo, es el que le da el verdadero matiz a las acciones humanas, amén de que tampoco debía pasar inadvertida "la intensidad de la violación del derecho, o sea el volumen del daño inmediato sufrido por las diversas víctimas".

De esa manera -dijeron los redactores-, con un denuncia falso el fin del delincuente es, en la mayoría de los casos, ofender a un particular; así, aunque la administración de justicia sufra un quebranto, "el derecho a la buena reputación y a la honra vale más que el derecho a que no se extravíe la administración de justicia, y el daño y el perjuicio experimentado por el particular a quien acusa, es incomparablemente mayor que el que experimenta la autoridad pública". Así pues, partiendo de la importancia de la intención delictuosa, el derecho a la integridad moral fue definido como el bien jurídico fundamental a proteger con los mencionados tipos penales⁸.

En cuanto al Código de 1980, no existen registros relevantes dentro de los debates que precedieron su expedición. Esta ordenación condensa en un capítulo único los delitos de injuria y calumnia e incluye la eximente de responsabilidad por prueba de la verdad (art. 317) así como de

⁷ Carrara, según la comisión, partiendo de la consideración de que "el criterio para delimitar el campo de cada infracción es el derecho por ella suprimido o lesionado, y que cuando un delito atenta contra varios derechos a la vez se debe preferir en la denominación jurídica el derecho más importante", estimó que el perjuicio sufrido por la autoridad pública con un denuncia falso, imponía un capítulo especial, porque el derecho social es más importante que el individual.

⁸ Se marca entonces una diferencia con la tradición italiana, que considera el delito de calumnia como una afrenta contra la administración de justicia.

sus excepciones, a partir de una fórmula común para ambos delitos, esto último heredado de la Ley 29 de 1944, conforme adelante se analiza.

En los debates que desembocaron en el actual Código Penal, Ley 599 de 2000, una vez reconocido el clamor acerca de la descriminalización, se adujo que estas posturas son "apartadas del contexto constitucional que califica la honra como derecho fundamental y objeto de especial garantía a la persona por parte del Estado" (Sentencia C-417/09).

Por tanto, se consideró, citando al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que "el derecho individual a la protección del propio nombre no refleja más que nuestro concepto básico de dignidad esencial y valor de todo ser humano, un concepto que ha de hallarse en la raíz de cualquier sistema decente de libertad ordenada" (Rosenblatt y Baer, 1966).

Igualmente, se justificó la permanencia de estas figuras, debido a "la intensidad de la guerra verbal que en nuestro país se vive [que] hace aconsejable mantener la pena privativa de la libertad. Lo anterior, especialmente, por cuanto por razones políticas, publicitarias y otras, sería muy rentable injuriar y calumniar, para posteriormente, por la vía de la oblación, extinguir la punición sin consecuencias de ningún tipo en el ámbito de la prevención general y especial."⁹

Por otro lado, en referencia a este tema, enseña Luis Carlos Pérez:

La dignidad, pues, está en la estructura de la personalidad, junto con la libertad y la intimidad, siendo la vida lo fundamental de ellos. La honra y el honor, constitutivos de la integridad moral, según el Código colombiano, son bienes que hacen parte de la dignidad. Bienes de la persona,

⁹ Igualmente se propone, que lo constitutivo de la calumnia, no es la imputación de un hecho falso del cual se predique la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino que, basta que se impute falsamente una conducta típica. Causa el mismo daño a la honra, y sus efectos, son igualmente irreversibles, cuando falsamente se predica que una persona ha sido autora de un homicidio o un peculado pero bajo el amparo de una causal de ausencia de responsabilidad" (Sentencia C-417/09).

tanto como el nombre que la designa e individualiza; como el estado que ocupa en la familia y en las grandes comunidades sociales, como la capacidad para gozar otros bienes o para reclamarlos, como el domicilio donde ejerce sus derechos y cumple sus deberes, y en fin, como el asiento de su patrimonio, entendido como el caudal grande o pequeño proveniente de su trabajo.

El mismo tratadista expone su concepto de integridad moral:

Integridad viene de íntegro, palabra compuesta de in, partícula negativa, y de tangere, tocar. Significa, pues, no tocado, intacto, bien saneado. Así como una persona se mantiene íntegra cuando nadie vulnera su composición material, en el conjunto de músculos, huesos y funciones biopsíquicas, cuando nadie disminuye o altera su estructura orgánica, también permanece íntegra cuando nadie lesiona su dignidad, es decir, su valimiento entre los demás, y los fines que se ha propuesto sin derivar en un simple mediador de intereses u objetivos ajenos.

De la dignidad humana, entre otras cosas, un bien jurídico más concreto es el honor, constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

Partiendo de tal noción, y fusionado con los valores constitucionales, particularmente con el principio de dignidad, se puede afirmar que el fundamento del bien jurídico del honor es, precisamente, la dignidad, y que su finalidad última es el libre desarrollo de la personalidad.

Desde este punto de vista, no hay duda que tentar sin consentimiento las regiones corporales que la cultura occidental asocia con el sexo, constituye un ultraje a la dignidad de la persona que recibe el comportamiento, una afrenta, una agresión y, en fin, un desprecio absoluto por su honor, es decir, su valor como ser humano, unido al libre desarrollo de su personalidad, entendido este, a

la luz del artículo 16 de la Constitución Política, como el derecho a la autonomía personal, que permite, ante la variedad optativa, tomar decisiones sin intromisiones, obstáculos ni presione.

El tema no es raro a nivel de doctrina ni de derecho comparado, pues desde antiguo, desde cuando la amplia injuria comenzó a circunscribirse a la “moral”, se identifica con el sentido de cualquier actuación que envuelve un desprecio intencionado y manifiesto hacia otra persona, se refleje en una agresión física o no.

El delito de acto sexual

En la Ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano, se encuentra tipificado una serie de conductas cuya finalidad es proteger el bien jurídico de la libertad, integridad y formaciones sexuales, dichos tipos penales están consagrados en el Título IV del éste catálogo del catalogo delictivo.

El artículo 206 del Código Penal, que define uno de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, dispone:

“Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años”.

La pena se entiende incrementada en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, según el mandato del artículo 14 de la ley 890 del 2004, para dos fronteras: 4 a 9 años de prisión.

La Ley 599 del 2000, siguiendo el criterio que ya había adoptado el legislador al expedir el Decreto 100 de 1980, clasificó los delitos sexuales según que el medio empleado para cometerlos fuera la violencia o el abuso.

Para ello agrupó los tipos así:

En el capítulo primero del título IV, bajo la denominación de “De la violación”:

Uno. Acceso carnal violento (Artículo 205).

Dos. Acto sexual violento (artículo 206).

Tres. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículos 205, 206 y 207).

En el capítulo segundo, “De los actos sexuales abusivos”:

Uno. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208).

Dos. Actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209).

Tres. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (artículos 208, 209 y 210).

El capítulo tercero apunta a causales de agravación de los anteriores hechos, y el cuarto, a las varias formas de proxenetismo.

Resulta pertinente para abordar el tema a profundidad preguntarnos qué es un acto sexual, por tal motivo se definirá este concepto para tener claridad sobre el mismo y todas las implicaciones que éste tiene.

El Acto Sexual

Se puede definir genéricamente como cualquier manifestación libidinosa, que tenga relevancia externa, sin otra limitación que el perfeccionamiento del acceso carnal. En esta frase, quedan comprendidos todos los actos de tipo erótico, que sin llegar al coito, realiza una persona sobre otra. Se trata de tocamientos, frotamientos, besos, apretones, etc., que con erotismo lleva a cabo el activo sobre el pasivo; además puede ser conducta típica el hecho de obligar al sujeto pasivo a que sea él quien realice el acto sexual, sobre la persona del sujeto activo. Generalmente, tales tocamientos se realizan sobre zonas erógenas, como senos, labios, genitales masculinos o femeninos, caderas, etc. (Restrepo, s.f).¹⁰

Son actos sexuales, pues, todos esos contactos físicos con otra persona que no consistan en acceso carnal y van encaminados a satisfacer la concupiscencia del agente o a provocarla en el sujeto pasivo. La finalidad del acto es lo que lo caracteriza como acto libidinoso y por eso quedan excluidos los actos técnicos del ginecólogo, médico encargado de tratar todas las enfermedades de la mujer, y del obstetra, médico que se encarga de todos los tratamientos que se relacionan con el parto, por ejemplo. (Restrepo, s.f).

Son actos diversos del acceso carnal cumplidos sobre la persona del sujeto pasivo, dirigidos a excitar o a satisfacer la propia concupiscencia, aunque no se llegue al completo desahogo de la lujuria y realizados con voluntad y conciencia de cumplir el hecho con el propósito de excitar la lascivia y con exclusión del ánimo de acceder carnalmente, en cuyo caso habría tentativa de acceso carnal (Restrepo, s.f).

¹⁰ Los actos sexuales son las conductas que vulneran o ponen en riesgo los bienes jurídicos de la libertad, la integridad y la formación sexuales y no implican penetración; el Código Penal se refiere a ellos como “diversos al acceso carnal”. En tanto el acto sexual es definido en negativo “lo que no constituye acceso carnal” y vulnera o pone en riesgo los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales (Corporación Humanas, 2010).

El delito de acto sexual con menor de catorce años o con persona capaz consistente en la inducción a prácticas sexuales ha de comprender esencialmente aspectos de motivación, estimulación, de persuasión o de seducción hacia la realización de ese tipo de actividades de carácter sexual.

El bien jurídico tutelado por el legislador, la libertad, integridad y formaciones sexuales, es referido a la posibilidad de ejercer la sexualidad, de manera consciente y con plenitud del consentimiento físico y psíquico (Restrepo, s.f).

La libertad sexual, implica la posibilidad real de elegir, sin ninguna atadura, el momento, la forma, y el sujeto con el que se ejercitara la sexualidad. La libertad sexual implica acción y pasividad. Acción en la medida que el ser sexuado puede elegir con quien sostener una relación libidinosa, y pasividad, cuando se abstiene conscientemente de ejercerla. Esto implica que el sujeto debe y tiene que ejercer el control sexual de su cuerpo, es decir, posee capacidad de autodeterminación sexual (Restrepo, s.f).

La integridad sexual, implica un concepto físico y psíquico. El cuerpo, y la posibilidad de que este sea expresión de la sexualidad, debe permanecer sin lesión, es decir, íntegro, lo que implica tener salud y el bienestar que permitan un disfrute libre de la sexualidad. En la medida que se viole la libertad sexual de alguna manera suele lesionarse física, y síquicamente la integridad sexual (Restrepo, s.f).

La formación sexual sugiere un conjunto de pasos biológicos y psíquicos, los que deben obedecer a un patrón normal, social y médicamente adecuado. Los delitos sexuales, atentan contra el normal desarrollo de la sexualidad, sobre todo, tratándose de menores sin la madurez para enfrentar situaciones sexuales. Sin embargo, podemos afirmar que la formación sexual es un proceso constante y sin límites de edad, por lo que es posible que siempre que se viole la

libertad sexual, de manera significativa o relevante, se lesionen también la integridad y la formación sexual.

Criterios para establecer el delito de acto sexual.

El acto sexual, según el estudio de la Corporación Humana (2010), se configura entonces por acciones de connotación sexual que comprometen zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, y no circunscritas a los genitales ni a tocamientos. Siendo estos los alcances del tipo queda sentado que no se deben exigir al mismo elementos adicionales como huellas del acto sexual en la víctima, porque estos pueden perfilarse aún sin dejar huellas, o en el victimario. Tampoco se requiere que el acto tenga una duración prolongada en el tiempo, pues no puede afirmarse que un acto rápido no alcanza a vulnerar los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales.

Algunos pronunciamientos de la judicatura han girado en torno a afirmar que no basta con que existan tocamientos en zonas erógenas para determinar que se está ante una conducta de naturaleza sexual que pueda vulnerar la integridad, formación y/o libertad sexuales de la víctima. Es necesario además que haya una intención libidinosa en el autor. (Corporación Humana, 2010).

En este sentido se pronuncia un juzgado de Bogotá al conocer el caso de un recreacionista de una atracción mecánica en un parque de diversiones denunciado por tocarle la vagina a una usuaria menor de edad: no basta que existan actos de tocamiento en un área normalmente vista como erótico sexual, sino que además es necesario acreditar que el acusado verdaderamente hubiera tenido interés de afectar la libertad y formación sexual (Corporación Humanas, 2010).

En este caso la niña dijo que cuando perdió el equilibrio (porque la atracción busca justamente eso) el recreacionista la sostuvo metiendo la mano entre su pantalón y la ropa interior y le tocó la vagina.

La tipicidad del hecho es desvirtuada por el juzgado aduciendo que en la fugacidad del acto no puede haber intencionalidad libidinosa del autor.

Según el estudio de la Corporación Humanas (2010):

Este relato de la menor (...) en lo específico de la clase de actos recibidos y al área manipulada (...) no le dan necesariamente alcance erótico sexual en un contexto en el cual ocurrieron estos posibles tocamientos en breves instantes cuando dice la menor que el acusado pretendió ayudarla justo, cuando iba a perder el equilibrio.

En este fallo el juzgado se aparta de pronunciamientos del mismo nivel y del tribunal de la misma ciudad que han reconocido que, como se ya se dijo, en casos de menores de edad, en nada inciden la fugacidad de los actos para determinar su ilicitud.

La intensión libidinosa también es considerada parámetro para determinar la connotación sexual de los tocamientos en zonas erógenas en otro caso conocido también por un juzgado de Bogotá. El caso compromete a un padre que en varias oportunidades realizó actos “por fuera de lo normal” consistentes *en tocarle [a la niña] las piernas por debajo de la ropa, al parecer con la intención de llegar hasta la vagina; besarla en la boca tratando de introducirle la lengua y, en una ocasión, ofrecerle exhibirle sus órganos genitales.*

Para el juzgado la actividad desarrollada por el padre no constituye delito puesto que si bien el acusado pudo realizar actos dignos de reproche, porque los hijos merecen respeto y el trato debe ser delicado sin ningún asomo de lujuria o manoseo indebido, más a pesar de ello, tampoco se evidencia claramente la intención de corromperla sexualmente, pues nunca se excedió de tocarle las piernas y darle besos en la boca, situación que genera una duda, resultando insuficiente para predicar la responsabilidad del procesado. (Corporación Humana, 2010)

Aún cuando el juzgado reconoce que el padre “realizó caricias ciertamente diferentes de las que proporciona un padre a su hija dentro de un ambiente familiar bien estructurado” y que “debe

conminársele para que evite ese tipo de caricias, limitándose al trato normal que se acostumbra en la sociedad colombiana” conceptúa que “la normativa exige que el acto sexual necesariamente deba tener el elemento erótico sexual, así como la intención de inducir al menor a realizar prácticas sexuales indebidas para su edad y sus esferas de madurez psicológica y volitiva”, lo cual consideró no quedó demostrado en el proceso.¹¹

Para esa instancia judicial los hechos ocurrieron de tal suerte que se desconoce que entre ellos el inculcado haya ofrecido exhibirle sus órganos genitales. Cabe preguntar si esto no significó para el juzgado una evidencia del dolo de cometer actos sexuales abusivos.

De los dos casos analizados se advierte una interpretación errada de la necesidad de demostrar el dolo de delinquir del autor¹². Si bien en el análisis de la tipicidad este debe quedar demostrado, la intención de cometer el delito por parte del autor dista de la intención libidinosa que ha concebido la judicatura.

En la acción delictiva pueden estar presentes muchas intenciones, las cuales no están exigidas por la legislación para el tipo penal de los actos sexuales abusivos, como para todos los delitos sexuales. No es un requisito típico un ingrediente subjetivo que refiriera a determinado o concreto propósito del actor.

¹¹ “el límite entre las caricias y los tocamientos abusivos es muy sutil y no basta con la sola valoración subjetiva de terceros para justificar un pronunciamiento de responsabilidad” (Corporación Humana, 2010).

¹² Ley 599 de 2000, artículo 22. “dolo. la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y uno producción se deja librada al azar” (Corporación Humana, 2010).

Concepto de zona erógena

Es importante en éste tipo de Delito saber qué se debe entender por Zona Erógena, al respecto la Corte ha Dicho:

Según la ley 599 (2000), en el artículo 22 reza que “Toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual [...] aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto.”¹³

“Comprometer las zonas erógenas de las personas, no solo está referido a la víctima, ya que el tipo no requiere contacto corporal (como en casos de masturbación, tocarse frente a una persona, exhibicionismo)” (Corporación Humana, 2010).

También lo dicho la corte, La “cola” es una zona erógena que despierta reacciones físicas. Se ha entendido por zona erógena “toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual. Así mismo se ha destacado que “aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...). Subraya la Sala. La doctrina ha destacado que el carácter erótico de una zona la da, en cierta medida, el agresor, y se ha puesto el ejemplo de tocar los zapatos de una mujer o tirarle una trenza, para imaginar un fetichista cuyo impulso sexual se orienta a esa clase de actos.

Acto sexual en personas en incapacidad de resistir

El acceso carnal o el acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir está tipificado en el artículo 207 del Código Penal y en él se establece que una persona puesta en incapacidad de resistir es aquella a la cual haya puesto “el agresor” en incapacidad de resistir o en estado de

¹³ otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)” (Corporación Humana, 2010).

inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

La Corte ha precisado aún más el alcance de lo establecido por el Código delineando los límites de conciencia en que es dable hablar de incapacidad. Se trata dice la Corte de una perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos. “... para su configuración no se requiere que quien entre en ese estado quede en el coma profundo, anterior a la muerte, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor...”

Los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas, sin que su origen deba auscultarse en alteraciones patológicas, en cuanto apenas pueden constituir una etapa pasajera e incluso fugaz, padecida por una persona normal, su médula desde la perspectiva jurídica, es la alteración que causan en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones. (Corporación Humana, 2010).

De igual manera, la Corte ha explicitado que se puede poner en incapacidad de resistir a una persona también poniéndola en inferioridad psíquica, por ejemplo haciendo que esta deposite la confianza en el agresor a tal punto de no comprender que la acción que este comete es un delito. Esto es posible, según el estudio de la Corporación Humana (2010), en las situaciones en que al sujeto activo se le reconoce poder o conocimiento, ya sea por su cargo en la sociedad o por su profesión, como se da en la relación entre un funcionario público y una usuaria o entre la de un médico y su paciente, entre otras. Estas situaciones en concreto presentan una potencialidad para inducir a la mujer en error, logrando que no se resista bajo el supuesto de estar en un procedimiento legal de rigor o en uno médico o terapéutico, lo que la pone en una situación de

inferioridad psíquica que sin eliminar por completo la consciencia la disminuya en tal medida que impide a la víctima el entendimiento de la relación sexual, cualquiera que sea la persona, edad, y demás circunstancias, o dar su consentimiento.

La Corte ha reiterado recientemente que en este delito la afectación relevante del bien jurídico (...) ocurre en todos los casos en los que el autor se vale de su autoridad, cargo, posición o carácter para colocar a la víctima en cualquier estado de inconsciencia, incapacidad o inferioridad psíquica y, con ello, le impide comprender el acto o acceso cometido.

El acceso carnal o el acto sexual con persona incapaz de resistir está tipificado en el artículo 210 del Código Penal. En él se especifica que es incapaz de resistir una “persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir”.

La Corte ha hecho precisiones sobre cada una de estas situaciones. Con respecto a la inconsciencia específica que esta debe manifestarse “en el momento en que ocurre el acceso o acto de índole sexual” y la define como aquellos estados en los que el ser humano objeto de la agresión sexual se halla bloqueado en sus facultades cognoscitivas, efecto de anulación en la capacidad de conocimiento que puede darse como resultado de la ingesta de licor o de cualquier sustancia natural o química que produzca dicho efecto (Corporación Humana, 2010).

Esto también debido a ciertos estados hipnóticos o de obnubilación. Sobre el trastorno mental precisa que este puede presentarse de manera transitoria o permanente y debe implicar “un detrimento en las facultades intelectivas que le impida comprender la naturaleza de la relación u otorgar el respectivo consentimiento en la misma” (Corporación Humana, 2010). Por trastorno mental la Corte entiende estados más o menos permanentes de enajenación y alteración de las funciones síquicas (...) en los que las afectaciones no solo recaen en la capacidad de comprensión sino en las facultades volitivas, es decir, en la libre autodeterminación o eventos de involuntabilidad (sic) y que corresponden a variadas manifestaciones.

Por último, la Corte especifica que la incapacidad de resistir es el estadio en el cual sus capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición. (Corporación Humana, 2010).

En esta misma sentencia la Corte señala que la incapacidad de resistir puede configurarse también por un estado anímico especial, no originado en ninguna sustancia, que no necesariamente implica quedar paralizada en su esfera psicomotriz y que, a su vez, es aprovechado por el victimario para inducir la realización de una actividad sexual, a la cual la víctima no prestó su consentimiento libre, como la debilidad extrema o la anemia exhaustiva, la hipnosis, la narcosis, el sueño profundo y en general todas aquellas hipótesis que le impidan oponerse a las pretensiones sexuales del agente, sin que dentro de esta lista eminentemente enunciativa pueda excluirse alguna, pues la condición idónea para que el punible tenga realización está dada porque el sujeto pasivo no pueda enfrentar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo.¹⁴

También ha sostenido que no todas las discapacidades (como la sordera) implican per se una incapacidad de auto determinarse sexualmente que le impidan comprender la relación sexual; hay que establecer la relación entre tal discapacidad y la incapacidad de comprensión. (Corporación Humana, 2010).

Por otra parte, la Corte con respecto a los delitos descritos en los artículos 207 y 210 manifiesta que la diferencia entre ambos es clara.

¹⁴ En estos casos la Corte ha advertido que el autor del delito para descargarse de responsabilidad no puede alegar el desconocimiento de la incapacidad, si se establece que el agresor sabía o debía saberla, se configura el delito abusivo (Corporación Humana, 2010).

El artículo 207 sanciona las maniobras del agresor para llevar a la ofendida a ese estado de indefensión en tanto que el 210 tiene que ver con la víctima que ya se encuentra en esa situación, es decir que el victimario no influye en ella, pero la aprovecha. (Corporación Humana, 2010).

Aunque ampliamente definidos estos delitos por la legislación y claramente diferenciados en cuanto al papel que juega o no el agresor en la situación de la víctima se encontraron entre las sentencias analizadas algunos fallos judiciales que confunden el alcance de ambos delitos o confunden el delito sexual con incapaz de resistir (artículo 210), con los delitos cometidos contra menores de 14 años; o confunden el delito sexual contra persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 207) con los delitos violentos (artículos 205 ó 206).

Delito sexual tentado o consumado

El artículo 27 del Código Penal define la tentativa de un delito como “el que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjera por circunstancias ajenas a su voluntad”¹⁵.

Además de la definición que da el Código Penal, doctrinaria y jurisprudencialmente se han establecido dos elementos objetivos para determinar si se está frente a un delito tentado: que exista una progresividad de los actos llevados a cabo por el agresor y que por circunstancias

¹⁵ La sentencia 31948 retoma la definición de tentativa de mir puig: “el comienzo de ejecución necesario para la tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios (si los hay) de los actos ejecutivos (...) la teoría objetivo-material parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel ‘campo previo’ a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio (...). en la determinación de cuándo empieza el ‘campo previo’ en el que ya da comienzo la ejecución debe tomarse en consideración el plan del autor, pero valorándolo desde un prisma objetivo (punto de vista objetivo-subjetivo) (...) como criterios objetivos de valoración del plan del autor se manejan dos: la puesta en peligro inmediata y la inmediatez temporal. el primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico, el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o algunos de los elementos del tipo. este segundo criterio ofrece la ventaja de una mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata”. (Corporación Humana, 2010).

ajenas a la voluntad o decisión de este no se adecuara cabalmente la conducta exteriorizada al tipo objetivo (Corporación Humana, 2010).

Además de los elementos objetivos, debe presentarse el elemento subjetivo del dolo, como la voluntad finalísticamente ideada por el agresor para cometer un delito. Por ser los delitos sexuales dolosos, estos admiten el grado de tentativa.¹⁶

Respecto de la diferencia entre tentativa de acceso carnal y los actos sexuales el Tribunal de Bogotá se ha pronunciado especificando que el “acto sexual (...) de ninguna manera presupone que deba estar orientado a perpetrar el acceso carnal. Para este delito no hay exigencia de desnudez o del contacto físico cuerpo a cuerpo entre el abusador y la víctima”. Con este planteamiento desestima la postura de la primera instancia con respecto a que “los actos sexuales solo serán aquellos ‘preparativos o consumativos del coito’” (Corporación Humana, 2010).

A pesar de estos pronunciamientos encontramos un caso en el que un juez considera que el delito de acto sexual se subsume en el de acceso carnal en modalidad de tentativa.

En lo que respecta al específico tipo penal imputado y aceptado (actos sexuales violentos), podría pensarse que se trata de un acceso carnal violento que se vio interrumpido en su consumación por la oportuna intervención de terceros, particularmente por el elemento de la progresividad de los actos que ordinariamente se ejecutan y preceden a un acceso carnal pretendido. (Ahora bien) la inferencia lógica no es unívoca, o conduce de manera inequívoca a esa conclusión, [pues] el tipo penal imputado no contraviene el sustrato fáctico de lo ocurrido, (...) y de acuerdo al resultado demostrado (...) habremos de convenir (que), como se dijo, por

¹⁶ Específicamente en relación con la modalidad de tentativa del delito de actos sexuales, la Corte ha reiterado que en esta no se sancionan los simples “pensamientos morbosos” del acusado, sino el principio de actos de ejecución que pusieron en peligro el bien jurídico protegido de la libertad, integridad y formación sexuales de la ofendida (Corporación Humana, 2010).

ajustarse al eje fáctico esencial, que el comportamiento del acusado se subsume en el tipo penal por el cual se formuló y aceptó la imputación. (Corporación Humana, 2010).

El caso conocido por el Tribunal de Bogotá y el de Pasto revelan que algunos miembros de la judicatura desconocen los tipos penales y reducen el delito sexual a la modalidad de acceso carnal consumado contraviniendo lo que el Código Penal establece. Además desconoce el concepto de violencia de la Convención de Belem do Pará (ratificada por la Ley 248 de 1995), en la que se identifica como violencias: la violación, el maltrato sexual, el abuso sexual y el acoso sexual. De igual manera, desconoce las violencias sexuales tipificadas por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por la Ley 742 de 2002): violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable.

Se puede inferir, además, que el no reconocimiento de la tentativa puede estar afectado por darle prevalencia a las garantías de favorabilidad que amparan al procesado.

Bien jurídico protegido por los delitos sexuales

En la actualidad, los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales son la libertad, integridad y formación sexuales, dejando de lado la dignidad humana¹⁷ que antes era explícitamente protegida por estos tipos penales, y definida como “el respeto a la integridad de la persona”.

La referida exclusión “no quiere decir que, en términos generales, no pueda predicarse que los delitos sexuales no la protegen puesto que su protección es deber constitucional y principio rector de la normatividad penal” (Corporación Humanas, 2010), en tanto la Corte ha sostenido que las conductas punibles regladas bajo este acápite [Título IV] buscan preservar que los seres humanos

¹⁷ ... Incluso la protección de la dignidad humana puede predicarse de todos los delitos en tanto la Corte ha reconocido que esta es pilar fundamental del Estado Social de Derecho que la convierte en objeto de protección de todo el derecho penal y de transgresión de todas las conductas punibles, por lo tanto no puede ser referida a un título en específico. (Corporación Humana, 2010)

no se conviertan en un elemento de sometimiento y desigualdad en el campo sexual, sin desconocerse que la actividad sexual es un derecho humano, derecho indiscutible de la personalidad y, por lo mismo, inalienable. (Corporación Humana, 2010).

La Corte ha entendido libertad sexual como la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para autodeterminar y autoregular su vida sexual (Corporación Humana, 2010).

La libertad sexual es la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual, libres de coerción, explotación o abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida”¹⁸. De otro lado, el concepto de formación sexual ha sido entendido como la “facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual (Corporación Humana, 2010).

La legislación no distingue la titularidad de los bienes jurídicos en tanto, como lo dispone el Código, todos los delitos sexuales protegen en conjunto la libertad, integridad y formación sexuales. Sin embargo, la judicatura, en consonancia con la política criminal del Estado, ha establecido jurisprudencialmente que los delitos sexuales no protegen en los menores de 14 años su libertad sexual en el entendido de que no disponen de ella. Por esta razón, en el análisis de la anti juridicidad de los delitos abusivos por la edad no se analiza la lesión a la libertad sexual sino a lo sumo, su puesta en peligro. (Corporación Humana, 2010).

¹⁸ Así la entendió el consejo de estado al estudiar el alcance del acoso sexual, en un caso en el cual una trabajadora de una entidad del estado denuncia que el acoso sexual por parte de su jefe desencadenó su despido injustificado (consejo de estado, proceso 26977, sentencia del 10 de noviembre de 2005).

No obstante, encontramos un caso en que la Corte pareciera reconocer la libertad sexual solo a partir de la mayoría de edad el derecho a gozar de un ambiente pulcro, limpio donde pueda evolucionar y disponer libremente de su sexualidad cuando adquiera la mayoría de edad, sin intromisiones impropias que puedan alterarla. (Corporación Humana, 2010).

La edad en el marco de la constitución

En consideración a la edad de la víctima emerge indispensable hacer una aproximación al tema de la protección prevalente de los niños en el marco de la Constitución, de los tratados internacionales y de la ley. La protección especial de los menores de edad es un aspecto de gran relevancia constitucional. El Constituyente de 1991 (artículo 44) se cuidó en consagrar y garantizar no sólo la índole fundamental de sus derechos y su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también la protección de la cual deben ser objeto. Por ello estableció el compromiso que tiene la familia, la sociedad y el Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Esa protección es aún más profunda y significativa a nivel internacional. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica prevén que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

En la Parte I, artículo 1º, de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991, se lee:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La ley aplicable en Colombia es el artículo 34 del Código Civil, a cuyo tenor se llama impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce. Según el mismo precepto, es adulto el que ha dejado de ser impúber. De donde se concluye que las normas acusadas se aplican a los impúberes, quienes en este sentido están protegidos por la Convención mencionada.

El artículo 3° del citado acto de Derecho Internacional estipula:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"

El artículo 19 establece:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

El artículo 34 consagra:

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Y el artículo 36 de la misma obra agrega:

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Son estos criterios los que deben inspirar, por expreso mandato de la Constitución, la interpretación de su artículo 44 y el entendimiento de la preceptiva legal que se refiere a los niños. Ahora bien, que el Constituyente haya dedicado una norma -la del artículo 44 de la Carta- a la defensa especial de los niños no quiere decir que haya dejado desamparados a los adolescentes, lo cual resulta confirmado si se verifica el contenido del artículo 45, a cuyo tenor el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

La edad es importante en caso del un Delito tan grave como lo es el Acto sexual, puesto que si éste se comete en persona menor de edad, pues como se ha visto según lo precedente es que los menores de edad tiene una protección especial.

Cuando se comete éste tipo de delitos el testimonio del menor es realmente importante y decisivo para resolver el caso, toda vez de que éste goza de cierta confiabilidad.

Entendimiento o conciencia de la víctima.

Lo que en ellas se presume, es la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva.

Esta presunción, contrario a lo expuesto por el *ad quem*, es de carácter absoluto: *iuris et de iure*, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad.

La Corte al plantear que las mujeres entre los 14 y los 17 años no disponen de libertad sexual desconoce la ley y la jurisprudencia y revela que en su concepto, las mujeres en ese rango de edad no se pueden autodeterminar sexualmente.

Cabe preguntar si esta postura de la Corte revela un prejuicio sexista y si con respecto a los jóvenes de sexo masculino en ese mismo rango de edad conceptuaría de igual manera. Así mismo cabe preguntar cuál es la base (social, antropológica o psicológica) desde la cual la judicatura puede aseverar que una persona termina su proceso de formación sexual a los 14 años, y deducir por ello que el bien jurídico de la formación sexual no se podrá ver afectado para las mayores de esta edad.

El consentimiento

La figura del consentimiento aparece en el Código Penal en su artículo 32 como una causal de ausencia de responsabilidad penal que se presenta cuando el acto típico se realiza “con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo”.

Vale decir entonces que existen bienes jurídicos disponibles e indisponibles por parte de los titulares. La vida por ejemplo, es un bien jurídico indisponible. Cualquier disposición que el titular haga de ella es considerada inválida para el derecho penal y no se tiene como eximente de responsabilidad para quien tenga la autoría de su menoscabo.

Los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales, protegidos por los delitos sexuales, son bienes jurídicos indisponibles para menores de 14 años, para personas en estado de inconsciencia, que padezcan trastorno mental, que estén en incapacidad de resistir, o para aquellas a las cuales se les haya puesto en incapacidad de resistir, en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impida comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Cuando los delitos sexuales son cometidos contra alguna persona que se encuentre en cualquiera de las circunstancias antes mencionadas, se hace incontrovertible en el proceso penal la disposición que hagan del bien jurídico, pues cualquier manifestación de consentimiento deviene inválido para efectos de la ausencia de la responsabilidad penal del autor.

Para el caso de menores de 14 años, la jurisprudencia emitida por la Corte así como múltiples fallos de primera y segunda instancia, ha sostenido y ratificado que, bajo la presunción de derecho que los protege, sobre su incapacidad de autodeterminarse sexualmente, resulta improcedente e irrelevante establecer el consentimiento del sujeto pasivo en actos de naturaleza sexual.

En palabras de la Corte al juez no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento.

Para el caso de las personas en estado de inconsciencia, que padezcan trastorno mental, que estén en incapacidad de resistir, o para aquellas a las cuales se les haya puesto en incapacidad de resistir, en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, la Corte ha advertido en forma permanente que probada tal calidad o tal estado en que se encuentre la víctima, no es objeto de debate el consentimiento y cualquier prueba en este sentido resulta irrelevante.

Negación del carácter sexual de los actos

Aún cuando la jurisprudencia, ha establecido lineamientos interpretativos claros respecto a lo que debe considerarse como un acto de naturaleza sexual, en los casos de delitos cometidos contra menores de 14 años, también ha habido sentencias en las que los jueces se apartan de dichos límites y le niegan el carácter de sexual a actos que evidentemente lo tienen, casi siempre con el argumento de que constituyen ofensas a la moral y no a la libertad, integridad y formación sexuales. Desde esta perspectiva niegan la procedencia de la presunción de derecho.

La sentencia hito que abre en forma indebida la puerta a desconocer la presunción que protege a los y las menores de 14 años, según la referencia del estudio de la Corporación Humana, (2010) es aquella que niega el carácter sexual de un beso y unos tocamientos en la cola realizados por un tendero contra una niña (en adelante, se referencia como el caso del “tendero”).

Esta sentencia se fundamenta en los argumentos del caso de la “bicicleta” dentro del texto. En el caso del “tendero” se denuncian hechos en los cuales una niña de 9 años de edad es víctima de actos sexuales cometidos por parte de un tendero del barrio, consistentes en cogerla de las muñecas y besarla en la boca con introducción de su lengua, adicionado a que en otra oportunidad ya la había besado y le había cogido las nalgas. La Corte señaló que en el caso “no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales”. (Corporación Humanas, 2010)

La Sala argumentó que ese comportamiento no alcanza la connotación de perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales de la menor, quien dada su capacidad de raciocinios compatibles con esa edad (9 años) atinadamente referida por la sicóloga que la examinó, permiten concluir que a más del trato agresivo no sufrió alteraciones sustantivas en la “formación sexual” (Corporación Humanas, 2010).

En consecuencia, la Corte anuló el proceso por indebida tipificación al considerar que la niña se vio afectada en el ámbito de la moral más no de lo sexual, razón por la que el fiscal debía imputarle el tipo penal de injurias por vía de hecho y no el de actos sexuales abusivos.

Al equiparar un beso con una ofensa a la moral y no con un acto de naturaleza sexual, la Corte erró al desconocer jurisprudencia anterior¹⁹, que ha considerado que los besos constituyen actos sexuales. Incluso tres de los magistrados de la Sala así lo afirmaron cuando al salvar su voto en el fallo reconocieron que era claro que este era un acto sexual, que por cometerse sobre una menor era abusivo, y que por lo mismo la presunción que la protege conlleva a que no se admita ninguna

¹⁹ En cuanto a la naturaleza sexual de los actos se han pronunciado: corte suprema de justicia, sala de casación penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 22787, sentencia del 27 de febrero de 2007; proceso 27413, sentencia del 13 de marzo de 2008; juzgado penal del circuito de bogotá, proceso 2005-00821, sentencia del 7 de noviembre de 2006. sobre la naturaleza sexual de los besos se han pronunciado: corte suprema de justicia, sala de casación penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 22787, sentencia del 27 de febrero de 2007; y proceso 27413, sentencia del 13 de marzo de 2008. juzgado penal del circuito de bogotá, proceso 2007-06568, sentencia del 3 de julio de 2009; proceso 2005-03895, sentencia del 30 de julio de 2009; y proceso 2008-02331, sentencia del 9 de septiembre de 2009. juzgado penal del circuito de bogotá, proceso 2005-00821, sentencia del 7 de noviembre de 2006. (Corporación Humanas, 2010)

prueba en contrario que busque desestimar el daño que le ocasiona a la víctima. (Corporación Humanas, 2010).

Además del efecto negativo que este fallo tuvo respecto de la víctima del caso concreto, sus pronunciamientos abrieron la posibilidad para que en otros de tocamientos a menores de 14 años estos se invocaran como precedente para desvirtuar el carácter sexual de los actos y pretender considerarlos meras injurias (Corporación Humanas, 2010).

En este caso nuevamente se refleja la idea de que cuando los hombres besan o tocan a las mujeres a lo sumo las están ofendiendo en su moral por cuanto estos actos para ellos no son una acción que vulnere su ámbito sexual.

Al trasladar esta concepción al plano de las menores de 14 años se desconoce además de la política criminal del Estado que busca proteger a los y las menores de 14 años de toda interferencia en el campo sexual materializada en la garantía de la presunción de derecho que los y las ampara, los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los niños, las niñas, y los y las adolescentes²⁰.

Consecuencias del delito abusivos por la edad

Ante la decisión del Tribunal de Bogotá de considerar que los tocamientos en las nalgas de una niña de 8 años por parte del compañero permanente de su prima no constituía violación a los bienes jurídicos sexuales sino a los morales, acogiendo la tesis del fallo del “tendero”, la Corte,

²⁰ La Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 19 dispone: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. Esta Convención fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

cuando conoce el caso, aprovecha para rectificar y “unificar su jurisprudencia y garantizar los derechos de la menor víctima”, aclarando que estos hechos sí son de naturaleza sexual y que, por tanto, la presunción de derecho que la protege por ser menor de 14 años, no admite que se pruebe que este acto no la perjudicó en su integridad y formación sexuales –como sucedió en el caso del “tendero”²¹.

La Corte reitera el alcance de la presunción al decir que precisamente lo que esta supone es que los actos sexuales abusivos afectan el desarrollo de la personalidad de la víctima y que pueden producir alteraciones importantes que incidan luego en su vida y equilibrio futuro. Que el “derecho a gozar de un ambiente pulcro, limpio donde pueda evolucionar y disponer libremente de su sexualidad cuando adquiera la mayoría de edad, sin intromisiones impropias que puedan alterarla” (Corporación Humanas, 2010). Así mismo:

Ratifica que “(La intención del legislador (al establecer la presunción O) fue prevenir el daño o el peligro de daño en el desarrollo del menor en sus funciones sexuales, pues en esa época se encuentra en desarrollo de sus etapas intelectual, afectiva y volitiva” (Corporación Humanas, 2010).

Sin embargo, aunque es de aplaudir la intención de la Corte de recoger su postura frente a la garantía para los y las menores de 14 años, cerrándole la puerta a discutir que actos de este talante no son de naturaleza sexual, la abre por otro lado cuando de sus argumentaciones se desprende que sujeta la procedencia de la presunción a la demostración de las secuelas que tuvo el acto para la niña.

La Corte consideró que el tocamiento de la cola era indebido por que “produjo efectos psicológicos traumáticos, tal como lo demostró el dictamen de Psiquiatría y Psicología Forense, y

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008. La sentencia se fundamenta en los argumentos del Tribunal de Casación de Santa Cruz (Costa Rica), del 27 de febrero de 2008, que sustentan que el tocamiento de la cola de un menor o un beso tienen un innegable carácter sexual.

lo corroboró su padre” (Corporación Humanas, 2010). Con ello restringe el verdadero alcance que tiene la presunción de sustraer al juez de la potestad de demostrar el daño que ocasionan los actos abusivos a las víctimas, puesto que sujeta su fallo a que se demostró tal daño.

La misma restricción de la presunción se encuentra en un caso conocido por el Tribunal de Bogotá, citado en el estudio de la Corporación Humanas (2010), en el que se analizan los hechos que involucran a una niña menor de 14 años que fue víctima de manipulación de su vagina por parte del conductor de la ruta escolar.

El Tribunal, para no acoger el fallo del “tendero” invocado por la defensa que buscaba desestimar la conducta del agresor como actos sexuales y considerar las injurias, además de referir que las situaciones fácticas son diferentes por la zona afectada (vagina), se apoya en dictámenes psicológicos y en testimonios de terceros para establecer que por el cambio en el estado de ánimo en la niña, era evidente que este hecho sí había vulnerado su integridad y formación sexuales.

En estos dos casos se le da un alcance a la presunción de derecho que no se corresponde con su propio espíritu. Del análisis de la presunción, hecha por el legislador e interpretada por la jurisprudencia, se debe entender que esta abarca la prohibición sobre las interferencias en materia sexual con menores de 14 años, porque genera consecuencias inaceptables en su vida sexual y personal.

No se puede inferir, como se hace en los casos en mención, que deben demostrarse las secuelas, daños psíquicos o psicológicos transitorios o permanentes o, en general, cualquier daño en la salud mental de la víctima, para determinar su procedencia. Este daño se presume es causado siempre que un o una menor de 14 años tiene interferencia en materia sexual. El legislador no quiso dejarle al arbitrio del juzgador, la facultad de decidir cuándo encontraba

causado el daño y cuándo no, por lo que presumió de derecho, sin admitir pruebas en contrario y haciendo irrelevantes las que así lo demostraran.

Estos casos, aunque permitieron la materialización de los derechos de las víctimas dejan un precedente, a partir del cual se puede deducir que solo cuando se demuestran las secuelas causadas por la conducta sexual resulta aplicable la presunción.

Valoración del testimonio de la víctima de delitos sexuales

El testimonio de la víctima de delitos sexuales ha generado pronunciamientos de la judicatura en relación con cuatro situaciones particulares: el testimonio de menores de edad víctimas, la valoración del testimonio de la víctima como prueba única para condenar y la valoración del testimonio contradictorio de la víctima.

Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han establecido que las víctimas menores de edad tienen plena capacidad para rendir testimonio en procesos judiciales. En ese sentido la Corte ha señalado que la declaración que rindan estas “está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental” o inmadurez psicológica.

La jurisprudencia de las altas cortes ha resaltado la relevancia jurídica del testimonio de la víctima de un delito sexual en razón a su carácter de prueba esencial y, en el caso concreto de la víctima menor de edad, señala que su testimonio goza de especial credibilidad.

Respecto del carácter de prueba esencial, la Corte Constitucional ha establecido que dadas las circunstancias en las que estos delitos suelen producirse con víctima y autor solos en un espacio

sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere suma importancia la declaración de la víctima.

La jurisprudencia de la Corte Suprema también estipula que el testimonio de menores de edad víctimas de violencia sexual, goza de especial confiabilidad.

Al respecto se ha pronunciado señalando que ese testimonio adquiere gran credibilidad dada la naturaleza del acto y del impacto que genera en la memoria de las víctimas menores de edad; que el desconocimiento de la fuerza conclusiva que merece ese testimonio implicaría la transgresión del principio del interés superior del niño; y que la confiabilidad del testimonio de tales víctimas no se puede descalificar con el argumento de que la ley procesal penal no exige que el mismo sea rendido bajo juramento.

También ha dicho que no es posible demeritar el testimonio de víctimas menores de edad por la mera edad prematura o porque tengan una capacidad imaginativa que les permite construir historias fantasiosas. Y, finalmente, manifiesta que hacer depender la confiabilidad del testimonio de víctimas menores de edad, de la práctica de un dictamen psiquiátrico sobre la sanidad mental de quien declara, sería una inversión de la carga probatoria. Las primeras y segundas instancias aplican igualmente la regla de la especial confiabilidad del testimonio de menores de edad cuando son víctimas de violencia sexual.

Por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que los delitos sexuales, dada su naturaleza, ocurren en espacios cerrados, ajenos al conocimiento de personas diferentes al agresor y a la víctima por cuanto el victimario generalmente busca situaciones propicias para no ser descubierto. Es por esta razón que en muchos casos únicamente se cuenta con la prueba del testimonio de la víctima por tanto este merece especial cuidado. Esta postura ha sido acogida por tribunales y juzgados.

Desde 1989, la Corte ha sostenido que con relación al testigo único “la ley no le predetermina su valor, sino que su eficacia la deja al criterio del juzgador” y señala que tanto la legislatura como la doctrina han abandonado aquello de *testis unus testis nullus*, estableciendo que el testimonio único no tiene porque ser anulado y debe ser estimado como prueba para emitir condena. En ese sentido, ha estimado que cuando esta clase de declarante ostenta ponderación, es razonado, coherente y no vacilante, confuso ni contradictorio en sus términos, su testimonio es suficiente elemento para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado. Así mismo ha reiterado que restar la aptitud probatoria de la versión de la ofendida, cuando en el proceso solo se cuenta con su testimonio, sin estar acompañado de otro elemento de convicción que lo respalde “carece de fundamento en tanto restringe con un criterio de tarificación legal inexistente” la capacidad probatoria del testimonio de la víctima.

La sana crítica, las reglas de la experiencia y el observador inteligente

La legislación ha establecido la sana crítica y las reglas de la experiencia como criterios orientadores para la valoración probatoria. La judicatura, en ejercicio de su función interpretativa, ha desarrollado la definición y el alcance de estos criterios así como ha creado la figura del observador inteligente para juzgar los delitos sexuales. La valoración probatoria y la forma como ella sea orientada por la judicatura, es determinante para fijar los hechos y establecer la responsabilidad penal. En este sentido la Corte ha reconocido que “el juzgador goza de libertad para justipreciar los medios de convicción solo limitado por los postulados que sustentan la sana crítica”.

La Corte Suprema concibe las reglas de la sana crítica a partir de tres elementos: la lógica, las máximas de la experiencia o las reglas de la ciencia. En la doctrina se considera la sana crítica como el conjunto de las reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia que deben ser utilizadas por el juez en el momento de decidir acerca del mérito que dan a las pruebas (Parra Quijano, 2001). La inexistencia de una definición precisa de las reglas de la sana crítica se

evidencia en las sentencias estudiadas, pues en casi todas en las que estas se mencionan o se emplean como argumento, se habla indistintamente sin concretar su significado de: la sana crítica, los principios de la sana crítica y las reglas de la sana crítica.

Del estudio de las sentencias, se desprende que de los elementos que componen la sana crítica son las reglas de la experiencia, como criterio orientador, las que han contado con mayor desarrollo. Para conceptuar sobre estas, la Corte ha definido la experiencia como una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable. Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicios, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.

La Corte Suprema de Justicia, en diversas ocasiones ha entendido que las reglas de la experiencia, son aquellas que: se configuran a través de la observación e identificación de un proceder generalizado y repetitivo frente a circunstancias similares en un contextotemporo-espacial determinado, de manera que tienen pretensiones de universalidad, que solo se exceptúan frente a condiciones especiales que introduzcan cambios variables, con virtud de desencadenar respuestas diversas a las normalmente esperadas y predecibles [...]. Así las cosas, apoyado en cita de la Sala, las reglas de la experiencia corresponden al postulado “siempre o casi siempre que se presenta A, entonces sucede B”, motivo por el cual permiten efectuar pronósticos – referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección) –, y diagnósticos – predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección) –

La doctrina ha considerado indispensable que los jueces en el momento de valorar las pruebas utilicen las reglas de la experiencia es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones.

En otras palabras, y atendiendo lo que dice Parra (2001: 61) “lo que se llama en el mundo del proceso reglas de la experiencia, no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee”.

Con respecto a las leyes de la ciencia y las máximas de la lógica no se encontraron definiciones conceptuales en la sentencias revisadas, no obstante, son criterios utilizados con frecuencia para decidir sobre el mérito que tienen las pruebas.

7.3 MARCO TEORICO

Razones por las que se considera un tocamiento no consentido en las zonas erógenas como una injuria por vía de hecho.

Fermín Morales Prats y Ramón García Albero, conductas como la de realizar tocamientos en zonas genitales de personas capaces, sin consentimiento y por sorpresa, no tipificaban en el Código Penal español de 1973 delito contra la libertad sexual, y eran tratadas como injuria. Así se expresan:

Sólo resta una hipótesis concreta que permite nutrir el ámbito típico del núm. 1 del artículo 181: Se trata de aquellos atentados sexuales no consentidos por no haber podido la víctima consentir expresamente dado el carácter proditorio y sorpresivo del atentado sexual. Tal sería el caso de quien, inopinadamente, realiza unos tocamientos en zona genital a su víctima aprovechando la nutrida concurrencia de pasajeros en un autobús. Adviértase que en rigor, la mencionada conducta no aparecía recogida en el ámbito de previsiones típicas de los delitos contra la libertad sexual del anterior Código Penal, recibiendo castigo por la vía de las injurias – acción ejecutada en desprecio...- bien constitutivas de delito– (destaca la Corte).

También Silvio Ranieri, después de examinar en el Código Penal italiano de 193 los delitos contra la libertad sexual y en particular los actos libidinosos violentos o abusivos, y señalar que la conducta punible del delito previsto en el artículo 521 consiste, en las diferentes hipótesis por él previstas, en los actos de concupiscencia carnal, distintos de la unión, cometidos por el agente con el uso de violencia o de amenaza (actos lujuriosos violentos), o abusando de las condiciones de inferioridad física o síquica o del vínculo de confianza de que se habla en los artículos 519 y 520 (actos libidinosos abusivos) sobre la persona del sujeto pasivo (artículo 521, párrafo primero); o cometidos por este, mediante constreñimiento o inducción, sobre sí mismo, sobre la persona del culpable o sobre otras personas (artículo 521, párrafo segundo).

No existiendo el uso de los medios o las condiciones de que se trata en los artículos 519 y 520, el hecho podría ser castigado por otros títulos; por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 527, 530, 594, etc.

Como se ha dicho, los actos de concupiscencia deben ser distintos de los de la unión carnal. Por lo tanto, en esta amplia noción quedan comprendidos todos los actos de excitación o de desahogo de la lujuria, con tal que sean distintos de los del acceso carnal, y aunque estén dirigidos a este; por ejemplo, tocamientos obscenos, frotamientos lascivos, contactos que pueden excitar los sentidos, etc., con tal que sean cometidos por el culpable sobre otro sujeto, o que los haga cometer sobre sí mismo, sobre la persona del culpable o sobre un tercero.

Monica Sarti, luego de analizar la “Violencia sexual” tras la reforma introducida por la señalada ley 66 de 1996 para su país –Italia-, explica:

Parece oportuno resaltar cómo el legislador en la reforma no tuvo en cuenta las diversas propuestas orientadas a crear un tipo autónomo con el nombre de “molestias sexuales” que comprendiera aquella amplia categoría de comportamientos que difícilmente podrían ser entendidos como actos sexuales verdaderos y propios pero que, sin embargo, constituyen una ofensa a la esfera sexual de la víctima.

Hoy, en espera de esa conveniente reglamentación, en particular frente a las perturbaciones en el lugar de trabajo (por la significativa gravedad que las caracteriza), tales comportamientos desviados pueden ser comprendidos entre las injurias y las molestias previstas por el artículo 660 del C. P (resalta la Sala).

Heleno Claudio Fragoso, refiriéndose a la legislación de su país –Brasil-, alude a la “injuria real”, que ocurre cuando la ofensa al honor es practicada mediante violencia o a través de vías de

hecho, y cita como ejemplos una bofetada, una quemadura, un tirón de orejas o de cabellos, sacudir a alguien tomándolo por las ropas, escupir a una persona o lanzarle inmundicia. Y admiten esta forma injuriosa, entre otros, los códigos penales de Venezuela del 2000 (artículo 446), Perú de 1991 (artículo 130), Alemania de 1871, con las reformas de 1998 (artículo 185), Ecuador de 1938 (artículo 489.2), Costa Rica de 1970 (artículo 145), Paraguay de 1914 (artículo 372), Uruguay de 1933 (artículo 334) y Chile de 1987 (artículo 416).

En la Sentencia No 29117, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente, Alfredo Gómez Quintero Aprobado acta No. 175 expone lo siguiente:

“...Colombia, entonces, no hizo más que seguir la tendencia ya bastante extendida ecuménicamente y por ello comenzó a “legislar” concretamente sobre el punto desde el proyecto 1976 de Código Penal, en cuya exposición de motivos, en materia de injurias, se lee lo siguiente: Y se sanciona también el agravio por vías de hecho, como una palmada en el rostro, un salivazo, etc. Y el artículo 415 del proyecto mencionado fue reproducido en los artículos 455 del proyecto de 1978 y 319 del Código Penal de 1980. Desde el punto de vista objetivo, entonces, la Sala, en síntesis, considera que los tocamientos corporales no consentidos, realizados sin violencia sobre personas capaces, configuran el delito de injuria por vías de hecho”.

Razones por las que se considera un tocamiento no consentido en las zonas erógenas como un acto sexual

Sobre este punto, la Corte Constitucional en Sentencia No. 30305 Magistrado ponente Augusto J. Ibáñez Guzmán, se pronunció sobre el caso de un hombre que toca libidinosamente los glúteos de una niña de 9 años, considera la corte que:

(...) Sin duda se trató de un acto lujurioso, dirigido a despertar los apetitos sexuales del victimario, nada más se puede concluir cuando introdujo su mano por debajo de los

interiores de la menor y le tocó su cola, quien por su edad no tuvo siquiera capacidad para emitir su consentimiento informado sobre el acto. Dicho contacto físico no fue apropiado o normalmente afectuoso, sino un acto sexual indebido. Tan indebido sería que a Patricia le produjo efectos psicológicos traumáticos, tal como lo demostró el dictamen de Psiquiatría y Psicología Forense, y lo corroboró su padre.

“...desde un punto subjetivo y por usar la propia terminología jurídica, tal conducta constituye indudablemente un acto lascivo, porque mediante el mismo el agresor descarga su tensión sexual, pero, en cambio, objetivamente hablando, es decir, según las pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima, aquello no puede pasar de ser una simple gamberrada con la consiguiente risa o susto. (...) Íntimamente ligado a este problema se halla la cuestión de la intencionalidad o 'fin lúbrico' de la acción, tal difícil de probar en algunos casos.

En la sentencia proferida el 24 de octubre de 2007 por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, expediente N° 02-200288-0413-PE, Resolución 2007-01199, se estudió el recurso interpuesto por un hombre que fue condenado por el Tribunal de Guanacaste, Sede Cañasdelito, de abusos sexuales contra menor de edad a quien aprovechando que se encontraba sola en el aula de clase le tocó las nalgas por encima de la ropa. Allí se destacó que el acto era impúdico y adquiriría connotación sexual, y, además, que los glúteos forman parte de una zona íntima y sexual:

El punto en torno a si lo hizo con una o ambas manos, deviene en irrelevante ya que olvida el recurrente que tratándose del delito de abusos sexuales, la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad de la persona ofendida, resultando que, en caso de contacto físico es requisito sine que non la existencia de una connotación sexual, siendo suficiente que el acto sea impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas. Como se observa de la simple lectura del tipo penal, éste no establece que la comisión

sea con ambas manos o una sola, sino la realización de un acto con fines sexuales, que en la especie se acreditó, y así lo dijeron los juzgadores:

(...) Esta Sala en el voto 00244 de las 9:25 horas, del 19 de marzo de 2004 analizó los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de abusos sexuales contra persona menor de edad e incapaz, y al efecto dijo:

Nótese que en el delito de abusos deshonestos la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima y en todos los casos de contacto físico, deberá constatarse que éste objetivamente importe un sentido sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su conducta logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él, accionando deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etcétera) o recibiendo sobre su propio cuerpo -o el de un tercero- la acción de aquel, o induciendo a la víctima a actuar deshonestamente sobre sí misma.

El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto, como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligar a la víctima a tocarse impúdicamente o a desnudarse, levantarle la falda, etc.)

La comisión de este delito no incluye –aunque puede suceder– la posibilidad de eventuales alteraciones o modificaciones psíquicas que incidan en los sentimientos e instintos sexuales de la víctima a raíz del hecho, pero que no son consecuencias queridas ni previstas y aceptadas como posibles por el autor. Además de examinarse el objeto sobre el cual recae directamente la acción, deben verificarse las características que, según

el tipo penal, deberá tener aquella. En los abusos deshonestos la acción, deberá ser simultáneamente “abusiva” y “deshonesta”, que son elementos normativo-culturales. Abusar deshonestamente –en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado– es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo (desde un punto de vista objetivo, pues basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa) contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es incapaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente impone), o de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir.

El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del autor, o cuando ella actúa –por obra del agente– sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero. La repetición de actos deshonestos en ocasiones o con víctimas diferentes da lugar a un concurso de delitos. En los abusos deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas, contra las acciones que puedan lesionarla o ponerla en peligro. Por otra parte, el tipo subjetivo de este delito exige que el autor tenga conocimiento y voluntad de realizar los elementos, normativos. En efecto, la situación en que se desarrollan los hechos evidencian el carácter libidinoso de los actos del encartado, ya que el tocamiento se da en el aula de la escuela, en donde el encartado se encontraba solo con la menor ofendida y aprovechándose de su edad y de la figura que para ésta última representaba, al ser su maestro, la toca

impúdicamente en un área íntima y privada de su cuerpo, como lo son los glúteos con su mano.

No son de recibo para esta Sala, los argumentos del recurrente en el sentido de que la conducta del encartado carece de una connotación sexual, por cuanto pese a lo dicho, los glúteos sí forman parte de una zona íntima y sexual, resultando que lo más lógico, racional y prudente es no tocar las partes culturalmente aceptadas como íntimas de una persona sin su consentimiento. En este caso no es aceptable la hipótesis del recurrente de que el tocamiento pudo obedecer a una forma de reprimenda, a una especie de saludo o un accidente, ya que obvia el recurrente que la ofendida, cuya versión le mereció absoluta credibilidad, declaró que el encartado le dijo “porque se enoja, mi amor”; no siendo ésta una forma apropiada de expresarse en un marco de una relación maestro – alumno”.

7.4 MARCO JURIDICO

Constitución Política de Colombia

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Artículo 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertirlas que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si

entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Artículo 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran

Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.
2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.
3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.
5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 19:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 34:

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a. La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b. La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c. la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 36: Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Ley 51 de 1981.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará, aprobada por la Ley 248 de 1995.

7.5 MARCO JURISPRUDENCIAL

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

Proceso N° 25743 M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Octubre 26 de 2006.

El 10 de junio del 2005, cuando la señorita Diana Marcela Díaz González caminaba por un sendero peatonal, un joven que se desplazaba en bicicleta, le tocó los glúteos y la vagina siendo investigado y absuelto en primera instancia del delito de acto sexual violento, apelada la sentencia por la Fiscalía se revoca la decisión y se declara responsable al señor Víctor García del delito de acto sexual violento y se condenó a 48 meses de prisión.

La defensora y el agente del ministerio público presentan escritos de casación, arguyendo a su parecer violación del debido proceso pues los hechos no tipificaban un delito sino una contravención de policía, argumentan además la necesidad del ánimo libidinoso para concretarse el delito de acto sexual violento utilizando como medio la violencia para doblegar la voluntad de la víctima, hecho que en el caso concreto no existió.

La Corte Suprema de Justicia considera que la conducta es atípica objetivamente reiterando la necesidad de existir un ánimo libidinoso y el acto desplegado por García no pudo ser idóneo para estimular o abrir apetencias sexuales por tanto, no podía ser condenado por esa conducta de ser así se desconocería el principio de legalidad del delito ya que objetivamente no se constituiría el delito de acto sexual violento sino el de injuria, en la modalidad injuria por vía de hecho al atentar contra la dignidad humana toda vez que la joven recibió una afrenta y un desprecio absoluto por su honor, reiterando que si bien no concurre el hecho punible objeto de acusación, la conducta sí es delictiva como injuria por vía de hecho.

Por los motivos expuestos con anterioridad la Corte declara la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación y ordena la libertad del señor Víctor García y por último remitir las diligencias a las Fiscalías de Bogotá, para que sean asignadas a un fiscal delegado ante los juzgados penales municipales de esa ciudad, para que se rehiciera la actuación pero esta vez por la conducta punible de Injuria por vía de hecho. En síntesis, considera la Sala que los

tocamientos corporales no consentidos, realizados sin violencia sobre personas capaces, configuran el delito de injuria por vías de hecho y no el delito de acto sexual violento.

Proceso N° 30305 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Noviembre 5 de 2008.

Mediante sentencia del 3 de octubre de 2007 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá declaró a Juan Carlos Rocha Segura penalmente responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado imponiéndole 4 años de prisión por haberle tocado los glúteos a su sobrina de 8 años de edad mientras ésta jugaba a las escondidas con sus primos, tal decisión fue recurrida por la defensa argumentando que los tocamientos se limitan solamente a los glúteos y no se mencionan tocamientos en la vagina de la menor, además que solo fue un poquito y ello jamás sería constitutivo del delito de actos sexuales, y mucho menos libidinosos, sustenta asimismo violación del principio de legalidad trayendo a colación el fallo de Casación del 26 de octubre de 2006, donde se estudió el proceso de un hombre que le realizó tocamientos a una dama (vale resaltar que era mayor de edad), y en ese caso específico se condenó por la conducta de injuria por vías de hecho; el Tribunal Superior de Bogotá revoca la decisión y en su lugar absuelve de responsabilidad al señor Rocha Segura.

La Fiscalía acude en sede de casación solicitando que se revoque la decisión tomada por el Tribunal por considerar que en el caso en mención se tipifica perfectamente la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años, a lo cual arguye el defensor que esa conducta es atípica ya que según él, un toque de glúteos no constituye el delito de actos sexuales, sino el de injuria por vías de hecho.

El Ministerio Público por su parte afirma que los tocamientos en zonas erógenas en menores de edad constituyen claro abuso sexual infantil, en consecuencia, el tocamiento de glúteos se adecúa en el tipo penal imputado y no en el de injuria por vías de hecho.

La Sala no encuentra que el A quo haya errado en la adecuación típica de la conducta desplegada por Rocha Segura, toda vez que en caso referido por el defensor la víctima, a diferencia de lo que ocurre ahora, no fue una niña menor de edad, lo que desprende de entrada una diferencia sustancial pues es en estos eventos, la edad un componente esencial en el tipo penal.

Por lo anterior concluye reitera que hay una adecuación típica correcta y, por ende, existió afectación de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal por lo cual se casa la sentencia recurrida confirmando en su integridad la de primera instancia que condenó al señor Rocha Segura por el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Proceso 30895, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Marzo 26 de 2009.

La providencia con radicado 30895 del 26 de marzo de 2009 y ponencia de José Luis Quintero Milanés, estudia la admisión del recurso de casación, dentro de la actuación, cuyos hechos acaecidos en septiembre del año 2006, en los cuales el condenado, vendedor ambulante, en un conjunto residencial de la ciudad de Bogotá convenció a una niña de 5 años que jugaba con su hermano de 10, para que lo acompañara a felicitar a otra niña por su cumpleaños, indicándole al último que no podía asistir, sin embargo este lo siguió, observando que el condenado hizo arrodillar a su hermana, le subió la falda mientras le tocaba las piernas, moviéndose de adelante hacia atrás con la cremallera del pantalón abierta y jadeando, siendo capturado, cuando su hermano pidió ayuda. Una vez surtido el procedimiento fue condenado por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado.

El censor, argumenta que en la actuación de su prohijado no hubo satisfacción libidinosa, por lo cual, ésta se queda en un delito contra la integridad moral (injuria por vía de hecho); además, que no se le puede dar credibilidad a los testimonios de los menores en este caso. A pesar que la Sala no admitió la demanda, si resaltó que no se trató de simples tocamientos sin satisfacción libidinosa contra la menor, y que a los testimonios de los pequeños se les puede dar crédito, cuando son declaraciones espontaneas, detalladas y precisas.

Proceso 31399, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Mayo 13 de 2009.

Por su parte, el pronunciamiento con radicado 31399 del 13 de mayo de 2009, de la misma Sala con ponencia de Augusto Ibáñez Guzmán, analizó también la admisión del recurso extraordinario, de acuerdo a los supuestos fácticos acaecidos en julio de 2005 en la capital de la República, en los cuales la madre de la víctima denunció, a raíz de la llamada del colegio de su menor hija, en la cual le comunicaban que había sido objeto de tocamientos libidinosos por el conductor de la ruta que le había dicho que se pasara al puesto de adelante del vehículo, que le ayudó a quitar el bléiser y empezó a tocarle las piernas y las partes íntimas, amenazándola de hacerle algo si llegaba a contar lo sucedido; siendo en últimas condenado por el punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

El casacionista argumenta su recurso, entre otros aspectos (ajenos al presente trabajo de investigación), que la imputación debió formularse por el delito de injuria por vías de hecho, toda vez, que el ataque a la menor afectó su integridad moral y no sexual.

Señala la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que con anterioridad, no solo varió, sino que unificó su jurisprudencia, en el entendido de establecer que todo tocamiento libidinoso en las zonas íntimas y/o erógenas de un menor de 14 años, configura un acto sexual abusivo y no una injuria por vía de hecho. Asimismo, aseguró el Alto Tribunal, que estamos frente a un acto lujurioso, dirigido a despertar los apetitos sexuales del victimario, que por la edad de la menor, no tuvo siquiera capacidad para emitir su consentimiento informado sobre el acto, pues ese contacto físico no fue apropiado o normalmente afectuoso, sino un acto sexual indebido, los cuales sobre un menor afectan su desarrollo personal y pueden producir alteraciones importantes que inciden luego en su vida y equilibrio futuro, por ende, existió una adecuada tipificación del tipo penal.

Proceso 30897, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Septiembre 14 de 2009.

El día 15 de febrero del año 2007 una menor de ocho años de edad, se dirigió hacia la tienda vecina ubicada en la calle 70 A No. 79 A 16 Sur, Fue atendida por Juan Alfonso Ruiz Campos

quien aprovechando que no había nadie más en el establecimiento hizo pasar a la niña detrás del mostrador y allí la abrazó y la tomó por la fuerza procediendo a besarla en la boca tocándole sus genitales por encima de la ropa.

La madre denunció y la fiscalía realizó imputación al denunciado por el punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado, dictándose en abril sentencia condenatoria de primera instancia. El defensor interpuso apelación, el Tribunal confirmó el fallo de primera instancia, éste inconforme con la decisión interpuso el recurso extraordinario de casación.

El censor fundamenta la casación argumentando error en la imputación por un delito sexual cuando en verdad los sucesos responden a la descripción de una injuria por vía de hecho por cuanto no hubo satisfacción libidinosa, por lo cual, ésta se queda en un delito contra la integridad moral, en esta ocasión se inadmite la demanda de casación, dejando en firme la sentencia de Tribunal en la cual se condena por el punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Proceso 35279, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Febrero 9 de 2011.

Los hechos acaecieron el 13 de Marzo de 2006, la víctima relató que se encontraba en compañía de su hermana, una prima y dos amigos más en la casa del señor Jesús Eduardo Delgado Mendoza, viendo una película cuando el procesado hizo todo lo posible para quedarse a solas con la menor, cuando lo logró puso una película pornográfica y empezó a tocar a la niña en sus partes íntimas. La menor logró salir del lugar y fue a contarle todo a su madre. La fiscalía realizó investigación formal profiriendo resolución de acusación en su contra por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, decisión que adquirió firmeza el 25 de septiembre de 2006, dicha decisión fue apelada por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la decisión de primera instancia, por lo que interpone el recurso de casación que resulta improcedente por lo cual queda en firme el fallo del H. Tribunal.

8. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

El método a seguir en el presente trabajo obedece a los preceptos de la investigación Jurídico descriptiva, toda vez que se caracteriza por el estudio de los fenómenos jurídicos de gran relevancia en la comunidad. En este caso, se busca clarificar la disyuntiva existente respecto a si un tocamiento corporal no consentido es delito de acto sexual o delito de injuria por vía de hecho.

Se parte de la revisión de la jurisprudencia disponible sobre la temática en cuestión y se analiza a la luz de los diferentes fallos sobre los que se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia y los conceptos que se emiten al respecto.

Al finalizar la investigación se generan conclusiones que aporten al quehacer del derecho penal en torno al tópico en mención.

Es de aclarar que en lo general se trata de una investigación cualitativa, toda vez que se realiza un diagnóstico de la realidad social y jurídica sobre el tema aquí estudiado.

8.1 FUENTES

8.1.1 Primarias. Se consultaron distintas fuentes como libros sobre el acto sexual y tocamientos en zonas erógenas, revistas jurídicas, periódicos tanto en sus versiones impresas como electrónicas.

8.1.2 Secundarias. Jurisprudencias de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que abordan el tema de los actos sexuales e injurias por vía de hecho, las cuales han sido desarrolladas en su totalidad a lo largo de la presente investigación y sobre todo en el marco jurisprudencial.

9. TALENTO HUMANO, RECURSOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS

9.1 Talento Humano

El presente trabajo investigativo, fue realizado por Yeny Alexsandra Cuartas Valencia, secretaria del Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas, Freddy Alejandro Moreno Jaramillo, Juez Penal del Circuito de Buenaventura, y Viviana Andrea Tabares Henao, contando a su vez con la importantísima colaboración del doctor Jairo Alberto Martínez Idárraga, quien fue el encargado de brindar la asesoría y revisión pertinente para que este proyecto fuera hoy realidad.

9.2 Recursos Técnicos y Financieros

Respecto a los recursos técnicos fueron necesarios computadores, impresora, Software Office e Internet, memorias USB, Instrumentos de recolección de datos, Papelería, Utensilios de Oficina (Lápiz, Lapicero, Borrador, Cosedora, Block).

En cuanto a los gastos en que se incurrió para llevar a cabalidad este trabajo, cabe resaltar que los mismos fueron asumidos de manera directa y en su totalidad por quienes conformamos el equipo de trabajo, así:

CONCEPTO	VALOR
Papelería, Fotocopias e Internet	\$ 150.000
Transporte	\$ 200.000
Manejo de Información (Asesoría)	\$ 300.000
Documento Final (Impresión)	\$ 30.000
Corrección de estilo y normas APA	\$ 400.000
TOTAL	\$ 1.030.000

Tabla 1. Recursos

CONCLUSIONES

Dentro de las conclusiones que se destacan, después de desarrollar el análisis normativo y jurisprudencial sobre los tocamientos no consentidos, se puede destacar que en Colombia, no existe claridad en la jurisprudencia respecto a los límites que determinan cuándo un tocamiento corporal no consentido en zonas erógenas configura el delito de injuria por vía de hecho o delito de acto sexual, sin embargo adoptamos la posición que seguramente se confirmará una vez culminada la presente investigación, y se trata básicamente que en todos aquellos casos en que se presente uno de estos actos y la víctima sea un menor de edad, en aras de fortalecer las garantías de respeto por los derechos fundamentales que a los niños por ley les corresponde, se tomará tal acto como constitutivo de la conducta punible de acto sexual, y en aquellos casos en que tal conducta recaiga sobre una persona con mayoría de edad será constitutiva del delito de injuria por vía de hecho.

Además, es importante resaltar que de acuerdo a variados conceptos documentales, el acto sexual, según el estudio de la Corporación Humana (2010), se configura entonces por acciones de connotación sexual que comprometen zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, y no circunscritas a los genitales ni a tocamientos. Siendo estos los alcances del tipo queda sentado que no se deben exigir al mismo elementos adicionales como huellas del acto sexual en la víctima, porque estos pueden perfilarse aún sin dejar huellas, o en el victimario. Tampoco se requiere que el acto tenga una duración prolongada en el tiempo, pues no puede afirmarse que un acto rápido no alcanza a vulnerar los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales.

De igual manera, se observa que de acuerdo a algunos pronunciamientos de la judicatura han girado en torno a afirmar que no basta con que existan tocamientos en zonas erógenas para determinar que se está ante una conducta de naturaleza sexual que pueda vulnerar la integridad, formación y/o libertad sexuales de la víctima. Es necesario además que haya una intención libidinosa en el autor.

....debe aclararse que con respecto de la diferencia entre tentativa de acceso carnal y los actos sexuales el Tribunal de Bogotá se ha pronunciado especificando que el “acto sexual (...) de

ninguna manera presupone que deba estar orientado a perpetrar el acceso carnal. Para este delito no hay exigencia de desnudez o del contacto físico cuerpo a cuerpo entre el abusador y la víctima”. Con este planteamiento desestima la postura de la primera instancia con respecto a que “los actos sexuales solo serán aquellos ‘preparativos o consumativos del coito’

Esto en concordancia a que los actos de concupiscencia deben ser distintos de los de la unión carnal. Por lo tanto, en esta amplia noción quedan comprendidos todos los actos de excitación o de desahogo de la lujuria, con tal que sean distintos de los del acceso carnal, y aunque estén dirigidos a este; por ejemplo, tocamientos obscenos, frotamientos lascivos, contactos que pueden excitar los sentidos, etc., con tal que sean cometidos por el culpable sobre otro sujeto, o que los haga cometer sobre sí mismo, sobre la persona del culpable o sobre un tercero.

10. BIBLIOGRAFÍA

Animus que desincriminan la injuria. Recuperado el 19 de abril de 2012, de Bernal, B. J. (2002). Delitos contra el honor. Bogotá: Leyer.

Corporación Humanas. (2010). Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas. Recuperado el 19 de abril de 2012, de

Garrido, M. M. (1963) Los Delitos contra el Honor, Santiago de Chile: Carlos E. Gibbs A.

Maggiore, G. (2000). Derecho Penal. Bogotá: Temis

Pabón, P. (1994) Manual de Derecho Penal. Bogotá: Doctrina y Ley.

Perez, L. C. (1991) Derecho Penal. Bogotá: Temis

Restrepo, L. Breviario de definiciones relacionadas con los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Recuperado el 19 de abril de 2012, de

Proceso N° 25743 M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Octubre 26 de 2006.

Proceso N° 30305 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Noviembre 5 de 2008.

Proceso 30895, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Marzo 26 de 2009.

Proceso 31399, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Mayo 13 de 2009.

Proceso 30897, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Septiembre 14 de 2009.

Proceso 35279, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Febrero 9 de 2011.

11. WEBGRAFÍA

Universitas Psychologica” de la Pontifica Universidad Javeriana, en el texto “Intervención interdisciplinaria en casos de abuso sexual infantil”. Leonardo Alberto Rodríguez Cely,

www.googleacademico.com

www.todoiure.com.ar/monografias/mono/penal/Animus_que_desincriminan_la_injuria.htm

www.humanas.org.co/archivos/estudio_de_la_jurisprudencia.pdf

<http://usuarios.multimania.es/doliresa/index-19.html>

ANEXOS: